



# بحوث في الشريعة الإسلامية

المسئولية المدنية - المقاصد والنيات  
الإلتزام الخلقي - نظرية الإلتزام عند الخطاب  
قواعد المرافعات

تأليف

المستشار الدكتور

محمد محمد شتا أبو سعد

الناشر

دار النهضة العربية  
٣٢ ش. عبد الحلق ثروت - القاهرة

١٩٩٤

(مطبعة هابو بكفر الشيخ)

إهداء ٢٠٠٦

المزحوم الدكتور / علي حسين كرار  
القاهرة

# بحوث فى الشريعة الإسلامية

المسئولية المدنية - المقاصد والنيات  
الإلتزام الخلقى - نظرية الإلتزام عند الحطاب  
قواعد المرافعات

تأليف

المستشار الدكتور

محمد محمد شتا أبو سعد

الناشر

دار النهضة العربية

٣٢ فى عبد الحلق شوب - القاهرة

---

١٩٩٤

(مطبعة هبى بكر الشيخ)



بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله وحده ، والصلاة والسلام على من لا نبي بعده .. وبعد :  
فهذه بعض بحوث في الشريعة الإسلامية والقانون ، نشرت في مجلات  
علمية متخصصة بمصر والخارج، وقد وجدت أن لها أهمية تقتضى  
إيداعها في دار الكتب القومية ، فطبعت مائة نسخة لهذا الغرض  
وحده . مصورا إياه عن المجلة التي نشر بها دون تعديل ..

والله المستعان ..

محمد شتا أبو سعد



## **تعريف المسؤولية المدنية بوصفها جانبا من الضمان في الفقه الإسلامي**

للدكتور

**محمد بن محمد شتا أبو سعد**

مستشار التأمينات الاجتماعية

بالرياض

### تمهيد وتقسيم:

لعل أشق مجالين من مجالات البحوث العلمية هما مجالاً التعريفات والتقسيمات من جهة، واستظهار حقيقة المعايير التي تضبط الآراء العلمية من جهة أخرى، لأنها يدفعان الباحث إلى ولوج خضم التفاصيل لا التحليل، ابتغاء الوصول إلى الحد الجامع لأهم الصفات المبنية له، المانع من اختلاط غيره به، وهذا يقتضي الغوص أحياناً في صميم التصورات دون الوقوف عند ظاهر الصياغات، مع الإفادة من كل المعطيات التي تعين على تثبيت الحقيقة العلمية المرجو إليها، من خلال تنفيذ الآراء، بمحاجة يحدوها الحساس اللازم للوصول إلى نتائج يأمل الباحث لو أنها أقتعت المتلقي، ولكن هيهات! فليس في ساحة البحث العلمي ثوابت مستقرة، إلا بقدر ما يُترك الموضوع دون أن يُطرق، فإن طُرق فلا بد أن تتكشف بعض الأمور وتهتز بعض المفاهيم، لأنها قاصرة قصور البشر أنفسهم، فلا كمال إلا لله وحده، ولا استقرار أو استمرار إلا لشرعه وحكمه، لأنه شرع الحكيم الخبير الذي لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه.

ويسرى هذا القول على هذا البحث، الذي يلتقط من البيئة الإسلامية اصطلاحاً شائعاً، وفد مع الاستعمار والمستشرقين، وهو اصطلاح المسئولية المدنية، الذي صار استعماله بمثابة الخبز اليومي في محاكم معظم بلدان العالم الإسلامي، فطغى على اصطلاح الضمان، حتى توهم البعض أن مكان الضمان هو بطون كتب فقهاء الإسلام، حيث لا قدرة له على قهر اصطلاح المسئولية المدنية والتعايش معه، وما علم هؤلاء أن اصطلاح المسئولية هو من صميم اصطلاحات الإسلام، نطق به القرآن



الكريم والسنة المطهرة، قبل أن تستورده من الخارج وننسى به الأصول الإسلامية التي ينبثق عنها.

والحق أن اصطلاح المسؤولية المدنية هو جزء من اصطلاح الضمان في فقه الشريعة الإسلامية، التي أخذت منذ أربعة عشر قرناً ونيف بالمسؤولية الموضوعية من خلال حديث نفي الضرر والضرار وجعل الضرر أساس الضمان، وقاعدة الغرم بالغرم، وتضمن الصغار وعديمي التمييز وفاقدو الإرادة في أموالهم، ويبقى من الضروري رد الاصطلاح إلى أصوله، ليفهم من خلالها، ويفسر حسب قواعدها، وينطلق كنظرية عامة إسلامية، لا يُعدها تصور حداثة الاصطلاح، مع أنه لا مشاحة في الاصطلاحات، عن بلورة عدل الإسلام وحلوله الرائدة، لتقدم للعالم معينا لا يتضب في مجال التاصيل العلمي لأمهات المشكلات المعاصرة، التي تقتضى ضبطها بقواعد المسؤولية التي ورد النص عليها صراحة في القرآن الكريم في عشرة مواضع ونيف، ومن ذلك قوله تعالى: ﴿إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَثْوًى﴾. [الإسراء: من الآية ٢٤]. وقوله سبحانه: ﴿وَقَوْمَهُمْ يَسْأَلُونَ﴾. [الصفات: ٢٤]. وقوله جلّت حكمته وسمت مشيئته ﴿لَا يَسْأَلُ عَمَّا يَفْعَلُ وَهُمْ يُسْأَلُونَ﴾. [الأنبياء: ٢٣].

ولكي تبلور حقيقة سبق الإسلام إلى معالجة أمهات مشكلات المسؤولية المدنية كجزء من نظرية الضمان، فإنني أكتفي بالتفاصيل من خلال التعريف دون تزيد، وأقسم هذا البحث إلى مبحثين. أولهما: في تعريف المسؤولية المدنية من خلال مشكلاتها في الأنظمة المعاصرة، تأكيداً لحقيقة تخلف الحلول الفقهية والقضائية الوضعية المعاصرة عما قدمته الشريعة الغراء منذ أكثر من أربعة عشر قرناً، ومن ثم أكرس المبحث الثاني لتعريف هذه المسؤولية كجزء من نظرية الضمان في الفقه الإسلامي.

## المبحث الأول

تعريف المسؤولية المدنية من خلال مشكلاتها الهامة في القانون المدني الوضعي.

### ١ - تمهيد: فكرة المسؤولية المدنية :

المسئولية بمعناها العام<sup>(١)</sup> قد تكون مسئولية قانونية أو نظامية لها جزاء قانوني<sup>(٢)</sup> وقد تكون أخلاقية<sup>(٣)</sup> أو أدبية، ليس لها جزاء وضعي مادي ملموس<sup>(٤)</sup>، وإنما لها جزاء أخلاقي فقط، يتمثل في لوم النفس<sup>(٥)</sup> وهو عظيم الأثر رغم أنه ذاتي فقد أقسم الله عز وجل بالنفس اللوامة ﴿وَلَا أَقْسِمُ بِالْغَيْبِ الْوَامِعِ﴾ [القيامة : ٢]. أو يتمثل في وخز الضمير<sup>(٦)</sup>.

والمسئولية القانونية تتنوع بالإضافة إلى المسئولية الإدارية وما إليها، إلى مسئولية جنائية<sup>(٧)</sup> ومسئولية مدنية<sup>(٨)</sup>. والمسئولية الجنائية هي جزاء فعل أضر بالمجتمع، أما

- (١) مألوف، المظهر النظري والعمل للمسئولية المدنية ج ١ بمعلومة تونك ط ٦ باريس بند ١.
- (٢) سليمان مرقس، للمسئولية المدنية في تحتات البلاد العربية ١٩٧١م، القسم الأول، الأحكام العامة بند ٢ ص ١.
- (٣) ربيع، القواعد الخلقية في الإلتزامات المدنية، باريس ١٩٤٩م بند ٢ وما بعده.
- (٤) عبدالرزاق السنهوري، الوسيط ج ١ بند ٥٠٥ ص ٧٤٣ - ٧٤٤.
- (٥) نزيه الهادي، نظرية التقرون ١٩٧٩/٧٨م ص ٩٦ - ٩٧ على سيد حسن، نظرية التقرون ١٩٨٩م ص ٦٨ وما بعدها.
- (٦) عز الدين الدتاصوري وعبدالحمد الشورفي، للمسئولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء ١٩٨٨م ص ٣٨٦.
- (٧) حبيب الحارثي، مسؤولية الملتح المدنية والجنائية ط ١ ص ٧ وما بعدها.
- (٨) مازرونيونك، المرجع السابق بند ١.

المسئولية المدنية فهي جزء فعل أضر بشخص معين؛ لذا فإن الذى يطالب بالتعويض كجزءاء للمسئولية المدنية هو الشخص المضرور وليس ممثل المجتمع الذى يطالب بعقوبة مؤلمة كجزاء للمسئولية الجنائية، كما أن الأصل أنه لا صلح في مجال المسئولية الجنائية في الأنظمة والقوانين الوضعية، ولكن الصلح جائز بصدد المسئولية المدنية، وإذا ترتب على الفعل الواحد مسئولية مدنية ومسئولية جنائية في نفس الوقت، فإن المسئولية الجنائية باعتبارها الأقوى والمجسدة لحق المجتمع تؤثر في المسئولية المدنية من نواح عديدة أهمها جواز رفع الدعوى المدنية أمام المحكمة التى تنظر الدعوى الجنائية، كما أنه إذا رفعت الدعوى المدنية ثم رفعت الدعوى الجنائية تعين وقف الدعوى المدنية حتى يصدر حكم في الدعوى الجنائية، كما تنقيد المحكمة المدنية بالحكم الصادر من المحكمة الجنائية بشأن الوقائع دون تكييف هذه الوقائع.

والمسئولية المدنية كجزاء فعل أضر بشخص معين، تنقسم إلى قسمين أساسيين: مسئولية عقدية<sup>(٩)</sup> ومسئولية تقصيرية<sup>(١٠)</sup>؛ فالمسئولية العقدية هي جزء الإخلال بالتزام عقدي<sup>(١١)</sup>، والمسئولية التقصيرية هي جزء الإخلال بالواجب العام الذي يلزم الأفراد بعدم الإضرار بالغير<sup>(١٢)</sup>، ويترتب على هذا أن المسئولية التقصيرية لها أحكام تختلف عن أحكام المسئولية العقدية من أوجه أهمها: أنه لا يجوز الاتفاق على الإعفاء من المسئولية التقصيرية، والتعويض في المسئولية التقصيرية يكون عن كل الضرر المباشر متوقعا كان - كما في المسئولية العقدية - أم غير متوقع، فضلا عن تضامن المسئولين في المسئولية التقصيرية<sup>(١٣)</sup>.

ولكن هذه الفوارق بين نوعي المسئولية المدنية، لا تعنى انعدام مشكلاتها وهذا ما تنتقل إلى إثارتها الآن، لنستخلص من ثنائاه المفهوم ممكن القبول، ولو مؤقتا، لتعريف المسئولية المدنية في مجال الأنظمة الوضعية، لنرى، بعد ذلك، كيف أن الفقه

(٩) عبد الوود يحيى، مصادر الإلتزام ١٩٨٩م بند ١١٧ ص ١٨١.

(١٠) حسن الخطيب، نطلق المسئولية المدنية التقصيرية والمسئولية التعاقدية، رسالة باريس، ترجمة للربرية،

ص ٤٥.

(١١) (١٢) عبد الوود يحيى، المرجع السابق بند ١٤٠ ص ٢٤١.

(١٣) انظر المواد ٢١٧، ٢٢١، ٢٧٨ من قانون مصري بشأن بعض أحكام المسئولية العقدية.

الإسلامي الغني بأصوله، يستوعب مثل هذا الاصطلاح الدارج في العالم الإسلامي، ويبقى إسباغ الإطار الشرعي عليه، حتى تنفك الصبغة الوضعية عنه، ويصبح أحد مجالات المعالجة الفقهية الإسلامية الزاهرة.

## ٢ - مشكلات المسؤولية المدنية: (١٤)

لازال الخلاف، في مجال المسؤولية المدنية، ويستمر أواره في أمهات مسائلها<sup>(١٥)</sup> ولذا فإنها تستظل مهداً للاجتهاد، بالنسبة لمدى وحدة أو ازدواج المسؤولية المدنية، وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر، واتفاقات المسؤولية. ونشير إلى كل مسألة من هذه المسائل الثلاث بكلمة موجزة حتى تتضح أبعاد هذه المسؤولية، كما سنشير في ثنايا ذلك إلى بعض الأفكار الأخرى وثيقة الصلة بها.

## ١ - مشكلة ازدواج أو وحدة المسؤولية المدنية

### أولاً : عرض عام:

الصحيح أنه لا توجد في القانون المدني مسئوليتان إحداهما عقدية والأخرى تقصيرية، وإنما يوجد نظامان أو نوعان لمسؤولية مدنية واحدة<sup>(١٦)</sup>، فكل منهما تقوم على أركان الخطأ والضرر وعلاقة السببية فيما بينهما، وإن كانتا تستقلان بعد ذلك بأحكام خاصة، تتجلى في وجود فروق تفصيلية هامة في التنظيم القانوني لكل منهما.

ورغم ذلك فلازال صحيحاً إطلاق لفظ الخطأ العقدي كتعبير عن الإخلال بالتزام عقدي، ولفظ الخطأ التقصيري كتعبير عن إخلال بالتزام غير عقدي، ولم تغلح فكرة ضمهما معاً ليكونا مجرد شيء واحد، أو على الأقل يرتبطان بجامع ظاهري واحد، هو أنها معاً جزء الإخلال بالتزام سابق<sup>(١٧)</sup>. وظلت المسؤولية التقصيرية بمثابة مصدر

(١٤) محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية ج ١ (الطبعة ١٩٧٨) ص ١ - ٥٧٨.

(١٥) المرجع السابق بند ١ - ص ١.

(١٦) المرجع السابق بند ٢١ ص ٩٨.

(١٧) مير رنر، تحقيقات الالتزامات، دروس دكتوراه بالفرنسية بحقوق الفاعرة ١٩٧٢ ص ٨ وما بعدها.

للإلتزام، والمسئولية "مقدية كآثر له، أو بالأحرى مؤثر فيه، لما أنها إخلال به، وإن كانت كل منهما لا تقوم دون توافر ركن الخطأ، أيما كان مضمون هذا الخطأ بعد ذلك، وشريطة ألا يتم خلط بين مضمون الإلتزام من جهة، وبين فكرة جسامه الخطأ من جانب آخر، أو بين الإلتزام الناشئ عن العقد من جهة، والأثر المترتب على الإخلال بهذا الإلتزام من جهة ثانية.

انه لكي تكون هناك مسئولية عقدية، فيجب أن يكون هناك عقد بين المضرور وبين المسئول، مع ملاحظة أن هناك رأي يقول إن المجانية في عقود النقل لا تعني النفي المطلق لوجود العقد<sup>(١٨)</sup>، لكن إذا لم يوجد عقد، أساساً، بين المسئول والمضرور، فإنه لا يكون هناك موضع للمسئولية العقدية، ولا وجود للعقد إلا من لحظة إبرامه، أما الفترة السابقة عليه فهي خارجة عن نطاقه، كما أنه إذا اقترن بطلان العقد بخطأ صادر عن أحد المتعاقدين، فإن المسئولية في هذه الحالة تكون مسئولية تقصيرية لا عقدية، وتكون المسئولية تقصيرية كذلك، وليست عقدية، إذا قطع شخص المفاوضات فجأة ودون مسوغ مشروع، فإن ذلك مما يتنافى مع حسن النية في العلاقات التجارية<sup>(١٩)</sup>، وإن كان يلزم رغم ذلك إثبات توافر ركن الخطأ في جانب المسئول، ويمكن أن تكون الفجاءة وانعدام السبب المشروع لقطع المفاوضات بعد أن تكون المفاوضات قد استغرقت وقتاً طويلاً، مما ييسر إثبات الخطأ، إن لم يكن هذا هو الخطأ بعينه<sup>(٢٠)</sup>، وهذا ما يعرف في فرنسا بالقطع التعسفي للمفاوضات، وإذا انقضى العقد فقد انقضت المسئولية العقدية<sup>(٢١)</sup>، ولكن المادة ٦٨٥ د مدني مصري تنص على أن يحتفظ العامل وبأسرار العمل الصناعية والتجارية حتى بعد انقضاء

(١٨) إسبان، تعليق على نقض فرنسي ١٥ يونيو ١٩٦٦، سيري ١٩٦٦-١٩٦٧، ريكول، تعليق على اشتراك جرينويل ١٥ نوفمبر ٢١ نوفمبر ١٩٦١، دالوز ١٩٦٦-١٩٦٧.

(١٩) نقض فرنسي ٢٠ مارس ١٩٧٢، مجلة الأسبوع القانوني ١٩٧٢-١٩٧٣، ١٧٥٤٣.

(٢٠) حسن شفيق، قانون التجارة الدولية، دروس في اتفاقيات لاهاي لعام ١٩٦٤ في شأن بيع المغفولات الملتزمة دولياً، قسم الدكتوراه بحقوق القاهرة ١٩٧٣ ص ٥٠ وما بعدها (غير مطبوعة).

(٢١) - مازووتسك، المرجع السابق بند ١٢٢.

العقد، ولذا فإن العامل الذي يفشي هذا السر أو ذاك، بعد انقضاء العقد، يعتبر، بنص القانون، مسئولاً عقدياً لا تقصيرية.

ويجب أن يكون العقد بعد ذلك صحيحاً، فالعقد الباطل لا يرتب التزامات، سواء كان بطلانه لمخالفة النظام العام أو الآداب<sup>(٢٢)</sup>، أو لأي سبب آخر.

كما يجب أن يكون العقد الصحيح قائماً بين المسئول والمضروب، ويفيد من هذا العقد، الغير الذي يتم الاشتراط فيه لمصلحته، فإذا أُخْلِ المدين بالتزام تعهد به في اشتراط لمصلحة الغير، كانت مسئوليته أمام الغير مسئولية عقدية، وتسرى قواعد المسئولية العقدية بالنسبة للخلف العام - دون إخلال بقواعد الميراث - والخلف الخاص أيضاً.

كما يجب لتوافر المسئولية العقدية أن ينجم الضرر عن الإخلال بهذا العقد الصحيح<sup>(٢٣)</sup>.

#### ثانياً : تطبيقات :

فإذا لم ينفذ المدين التزاماً عقدياً، كان ذلك خطأً منه مرتباً بمسئوليته العقدية، تماماً كما هو الشأن في التزام الناقل إذا لم يحقق النتيجة التي التزم بها وهي توصيل الأشياء المراد نقلها سليمة إلى المرسل إليه<sup>(٢٤)</sup>؛ ذلك أن عدم تنفيذ الإلتزام التعاقدي، هو خطأ يرتب المسئولية<sup>(٢٥)</sup>، سواء كان الإلتزام قد نص عليه صراحة، أو اقتضته طبيعته، كالإلتزام صاحب الفندق برد غائلة ما يتهدد سلامة النزول من مخاطر<sup>(٢٦)</sup>، أو كان أمراً يفهم من طبائع الأمور، فمن يلتزم التزاماً عقدياً يكون مسئولاً عن خطأ الأشخاص الذين يستخدمهم في تنفيذ التزامه العقدي، كحالة مقاول، يتسبب عماله بخطئهم في تدمير المبنى فهو مسئول مسئولية عقدية<sup>(٢٧)</sup> من حيث الأصل.

(٢٢) المرجع السابق بند ١٢٥. (٢٣) نقض فرنسي ٢٧ يناير ١٩١٣ سيدي ١٧٧.١-١٩١٣ وتعليق ليون كان.

(٢٤) نقض مصري ١٩٨٦/٦/١٦ الطعن ٨٦٥ س ٥٠ ق.

(٢٥) نقض مصري ١٩٨٦/١/١٣ الطعن ١٩٤٣ س ٥٠ ق.

(٢٦) نقض مصري ١٩٨٣/١٢/٨ الطعن ٨٧٣ س ٤٩ ق.

(٢٧) نقض مصري ١٩٨٠/١/٢٣ س ٣١ ج ١ ص ٢٥٥.

ولكن إذا انتهى الخطأ العقدي فقد انتهت المسؤولية العقدية<sup>(٢٨)</sup>، ويتنفي الخطأ وترتفع المسؤولية بإثبات أن الصورة التي تجسدها كعدم التنفيذ، ترجع إلى قوة القاهرة أو سبب أجنبي أو خطأ المتعاقد الآخر<sup>(٢٩)</sup>، ويقع عبء إثبات الخطأ على من يدعي هذا الخطأ<sup>(٣٠)</sup>، فإذا أثبت والد التلميذ أن ابنه أصيب أثناء الرحلة فانهقدت مسؤولية المدرسة العقدية، فإن المدرسة لا تستطيع نفي مسؤوليتها إلا بإثبات أن ذلك قد نجم عن سبب أجنبي كقوة القاهرة أو خطأ التلميذ نفسه<sup>(٣١)</sup>.

ويلاحظ أن القضاء المصري، على ما تقدم، يقع في تناقض غير مبرر، عندما ينفي الخطأ بالسبب الأجنبي مع أنه يقطع رابطة السببية بين الخطأ والضرر، والأمر بعد ذلك يحتاج إلى وقفات ليس هذا مجالها الآن. إننا نشير إلى أنه حيث يوجد خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما، وذلك بمنأى عن العقد - على تفصيل - فإن المسؤولية تكون تقصيرية لا عقدية.

## ٢ - مشكلة الخيرة والجمع بين «المسؤوليتين» العقدية والتقصيرية:

### أولاً : عرض عام:

القاعدة العامة التي تبلورت في هذا الصدد أيضاً، أنه لا يجوز الجمع<sup>(٣٢)</sup> بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية من جهة، كما أنه لا يجوز الخيرة<sup>(٣٣)</sup> بينهما من جهة أخرى.

فالجمع بين المسؤوليتين غير جائز؛ فعندما تتوافر شروطها وكان يخطئ الناقل

(٢٨) نقض مصري ١٩٧٨/٢/١٦ من ٢٩ ج ١ ص ٤٩٧.

(٢٩) نقض مصري ١٩٧٥/٦/٣ من ٢٦ ج ١٤١/١ بصدد عقد إنذاري.

(٣٠) نقض مصري ١٩٧٠/١١/٢٤ من ٢١ ج ٣ ص ١٤٨.

(٣١) نقض مصري ١٩٦٧/٢/٩ من ١٨ ج ١ ص ٢٣٤.

(٣٢) نقض مصري ١٩٦٤/١١/١٢ من ١٥ ج ٣ ص ٢٢-١.

(٣٣) نقض مصري ١٩٦٩/١/٥ بمجموعة عمر ٢ رقم ١٥٤ ص ٤٥٢.

فتتلف الأشياء المنقولة<sup>(٣٤)</sup>، لا يحق للمضروب أن يرفع دعوى المسؤولية العقدية حتى إذا ما حصل على تعويض أو خسر الدعوى قام برفع دعوى المسؤولية التقصيرية<sup>(٣٥)</sup> ليحصل على تعويض<sup>(٣٦)</sup> آخر، أو ليتدارك خسارته الدعوى الأولى<sup>(٣٧)</sup>، كما أنه لا يحق للمضروب أن يجمع في الدعوى الواحدة بين شروط من دعوى المسؤولية العقدية وشروط من دعوى المسؤولية التقصيرية<sup>(٣٨)</sup>، فهذا تلفيق لا يقره القانون.

والخيرة بين المسئوليتين غير جائزة، ولم يسلم أغلب الفقه بهذه المسألة إلا قريبا، فهناك رأي يقول إنه إذا توافرت للدائن شروط رفع كل من دعوى المسؤولية العقدية ودعوى المسؤولية التقصيرية، فإن له أن يختار بينها وأن يرفع الدعوى التي تحقق مصلحته<sup>(٣٩)</sup>، أما أغلب الباحثين<sup>(٤٠)</sup>، فيرون أنه في هذه الحالة، لا يجوز للدائن أن يرجع على مدينه إلا بدعوى المسؤولية العقدية؛ فطالما كان هناك عقد صحيح بين المضروب والمسئول، فإن علاقة الطرفين لم تنبثق إلا عن طريق هذا العقد، فإذا أدخل المدين بالتزامه، لم يكن أمام الدائن من خيار في الرجوع عليه بغير دعوى المسؤولية العقدية وحدها، وأيا كان التبرير القانوني لذلك، فإن الحقيقة التي لا مراء فيها، أن الدائن إذا أراد ترك المسؤولية العقدية لم يعد المدين «ملتزما في مواجهته بشيء»، ولم يعد - بالتالي - غلًا بأي التزام، أو مرتكبا لأي خطأ، فيمتنع عليه الرجوع عليه أصلا<sup>(٤١)</sup>،

---

(٣٤) عبدالرزاق أحمد السهوري، المرجع السابق بند ٥١٥ ص ٧٦١ وفنحن نأخذ بالرأي الذي يقول بالا خيرة للدائن.

(٣٥) عبدالودود يحيى، المرجع السابق بند ١٤٢ ص ٢٢٦.

(٣٦) عبدالرزاق أحمد السهوري، المرجع السابق بند ٥١٥ ص ٧٥٨.

(٣٧) محكمة استئناف الاسكندرية الوطنية في ١٩٥٠/٢/٥، المحللة ٣٠ رقم ٣٧٦ ص ٥٠١ في إثبات عناصر دعوى بعد الإخفاق في أخرى.

(٣٨) عبدالودود يحيى، المرجع والموضع السابقان.

(٣٩) محمد شتا أبوسعد، تلويح للمسئولية التقصيرية في السودان، مطبعة جامعة القاهرة ١٩٨٤ ص ٨٠.

(٤٠) مصطفى مرعي، للمسئولية المدنية ط ١ بند ٢٨.

(٤١) سليمان مرقس، مذكرات في الفعل الضار ص ١٧؛ عبدالودود يحيى، المرجع والموضع السابقان، عبدالرزاق أحمد السهوري، المرجع والموضع السابقان؛ سمي تنافؤ مصادر الالتزام ط ١ ص ٢٢١، حسن عامر، المسؤولية المدنية ط ١ ص ١٠٩.



وبالتالي لا يمكنه الرجوع عليه: لا بدعوى المسؤولية العقدية إن تركها وأضاع حقه فيها، ولا بدعوى المسؤولية التقصيرية لعدم توافر موجبها، لكن الباب يبقى مفتوحاً فحسب أمام المسؤولية العقدية ما بقيت شروط رفع دعواها.

### ثانياً: تحليل وتطبيق:

كان القضاء المصري ينزع إلى فكرة جواز الحفرة،<sup>(٤٢)</sup> ثم صدرت أحكام حديثة عن محكمة النقض، عادت وأنكرت هذا المسلك، وقالت إنه إذا ترتب الضرر على إخلال بعقد تعين الأخذ بأحكام العقد دون غيرها، ولا يجوز الأخذ بقواعد المسؤولية التقصيرية في هذه الحالة، واستنتت المحكمة حالة ما إذا كان الإخلال بالإلتزام العقدي يشكل جريمة جنائية، أو ينطوي على غش أو خطأ جسيم، فترتب المسؤولية التقصيرية، في هذه الحالة، استناداً إلى أن المدين قد أخل بالالتزام قانوني يوجب عليه الامتناع عن هذا الفعل، سواء كان يستجمع صفة العاقد أم لا، وقد نقضت المحكمة، تبعاً لذلك حكماً كان قد ألزم بالتعويض مؤجر عقار كان قد انهار فأصاب مستأجره ومات بعضهم، وتم التعويض طبقاً للمادة ١٧٧/١ في نطاق المسؤولية التقصيرية<sup>(٤٣)</sup>، بيد أن المحكمة قالت في حكم آخر إن الغش الذي يأتيه المدين - وهو أمين نقل - أثناء تنفيذ العقد، يجعل مسؤوليته تقصيرية لا عقدية، وتخضع، تبعاً لذلك، للتقادم الثلاثي، وليس بمضي خمسة عشر عاماً<sup>(٤٤)</sup>، وقد انتقد الفقه هذا المسلك لأن الإخلال بالالتزام العقدي مهما بلغت جسامته لا يرتب سوى مسؤولية عقدية، وفي إطار ذلك عادت محكمة النقض<sup>(٤٥)</sup> لتقرر أن المنظم خصّ كلا من المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية بأحكام تستقل عن الأخرى. فإذا قامت علاقة تعاقدية، وكان الضرر الذي أصاب أحد المتعاقدين قد وقع بسبب إخلال الطرف الآخر بتنفيذ العقد، تعين الأخذ بأحكام العقد، ولا يجوز الأخذ بأحكام المسؤولية

(٤٢) سمير تافوق، المرجع السابق ص ٢٢١.

(٤٣) إستئناف الاسكندرية الوطنية ١٩٥٠/٢/٥، السابق.

(٤٤) عز الدين الدناصري، المرجع السابق ص ٢٢، ٢٣؛ ونقض ١٩٦٨/٤/١٦ ص ١٧ من ٧٦٢.

(٤٥) نفس ١٩٦٥/١١/٣٠ مجموعة أحكام النقض ص ١٦ من ١٢٠.

التقصيرية، التي لا يرتبط الضرر فيها بعلاقة عقدية سابقة، لأنه يترتب على غير ذلك إهدار نصوص العقد المتعلقة بالمسئولية عند عدم تنفيذه، بما يحل بالقوة الملزمة له، ثم تصدى الحكم للاستثناء المشار إليه آنفاً.<sup>(١٦)</sup>

والواقع ان الأمر يرتبط بمفهوم المسئولية التقصيرية ذاته، كفرع على مفهوم المسئولية المدنية، فالمسئولية التقصيرية عند كل أنصار الحيرة، ليست إختلالاً بواجب قانوني عام وكفى، وإنما هي «جزء الالتزامات القانونية كافة، من ناحية، وتكمل الجزاءات التي تفرضها النصوص الخاصة، تعويضاً للضرر الذي لا تكفي هذه الجزاءات لجبره، من ناحية أخرى، وتعديل كثيراً من الأوضاع القانونية»<sup>(١٧)</sup> سواء بإناطة التمسك بقواعد القانون، بعدم ارتكاب أي خطأ تقصيري، أو بالتدخل بين المتعاقدين لتعديل أو حذف الآثار العادية للعلاقة القانونية. فمن يتعادل يلتزم، حقيقةً، بتنفيذ العقد، ولكنه لا يجوز له الإضرار بالآخرين، ومن الآخرين من تعادل معه، ولازم ذلك، عند هؤلاء، هو عدم جواز تضييق نطاق المسئولية التقصيرية عن طريق إضافة شروط إليها دون مبرر منطقي أو نص قانوني، وعليه فإن قيام العقد لا يوجد، عندهم، أي تعارض مع وجود المسئولية التقصيرية، ولكن هؤلاء، لم يمتصوا في الشوط حتى النهاية، بل قالوا إن العقد إذا رتب التزامات عقدية بحتة، فإن الإخلال بها يقيم المسئولية العقدية وحدها ولا تقوم بجانبه مسئولية تقصيرية، ولكن تحديد الالتزامات العقدية البحتة، ووجود أنماط منها، تهم الجماعة بأسرها، بحيث يترتب على مخالفتها مسئولية تقصيرية، يوقع ثنائية في لبس شديد<sup>(١٨)</sup>، وهذا ما يستلزم وضع تعريف محدد للمسئولية المدنية بشقيها، يعكس الاختلاف القائم في نظامها القانوني، حتى إذا ما أراد الباحثون في فقه الشريعة الغراء جلاء مشكلاتها، بحثوها بمنأى عن كل تصورات تنأى بها عن هدي الإسلام، وأخص خصائص شرع الله،

(١٦) نفذ ١٩٨١/١/٢٧ ق ج ١ ص ٣٥٥ ونقض ١٩٦٨/٤/١٦ ص ١٩ ق ع ٢ ص ٧٦٢، المشار إليه.

(١٧) محمود جلال الدين زكي، المرجع السابق بند ٧٠ ص ٤٩٨.

(١٨) رينيه روبرت، موسوعة فالوز تحت عنوان مسئولية، أرقام ١١٠-١١٦ جاك غستان، مطول القانون المدني:

الالتزامات والمسئولية، المكتبة العامة للقانون والنفساء بلويس ١٩٨٢ بمعاملة جتيف فيني، أرقام ٧٣١ - ٧٣٩

ص ٨٢١ وما بعدها فيها يتعلق بالجمع والحيرة بين المسئولية بالنسبة لتلك السقينة.

أنه لا يذهب حقاً هدرًا فيه، فالدماء حرام، والأموال حرام، ولا يجوز لأي فكرة وضعية يراد لها الانتشاح بوشاح الشرعية، أن تنال هذا الشرف، إلا إذا تخلصت من كل ما علق بها من مفاهيم حقيقية أو محتملة، إن كانت هذه المفاهيم لا تتفق وشرع الله، ذلك أن أحدا لا يقبل أن يستبدل الذي هو أدنى بالذي هو خير.

### ٣ - المشكلات التي تثيرها فكرة علاقة السببية بين الخطأ والضرر:

#### أولاً: عرض عام:

علاقة السببية بين الخطأ والضرر هي من المسائل التي تثير مشكلات بالغة الأهمية، على الصعيدين العلمي والعمل، رغم غزارة البحوث التي تناولتها<sup>(٥٠)</sup>؛ ذلك أنه إذا كان الخطأ والضرر لا يكفيان لقيام المسؤولية المدنية، بل يلزم أن يكون الخطأ هو سبب الضرر<sup>(٥١)</sup>، فإنه يحدث لبس شديد عند الحديث عن قواعد نفي المسؤولية المدنية عندما تكون مسؤولية خطئية، ولا شك أن نفي الخطأ، يجب أن ينصرف فيه دفاع المدين، إلى إثبات أنه كان في حالة من حالات انعدام الخطأ وهي حالة الدفاع الشرعي<sup>(٥٢)</sup>، وحالة صدور أمر من رئيس فنفذه الموظف معتقداً مشروعيته ومتخذاً جانب الحيلة فيه<sup>(٥٣)</sup>، وحالة الضرورة<sup>(٥٤)</sup>؛ فوجود المدعى عليه في إحدى هذه

(٤٩) أجيل، رابطة السببية في مجاله المسؤولية في القانون الفرنسي والسبيل، رسالة تولاير ١٩٦٧ ص ١٨ / مارتو، السببية في المسؤولية المدنية، رسالة جلمعة ليكس دي يروفانس ١٩١٤ ص ٣٨، فاقية: علاقة السبب بالآثر أو النتيجة في المسؤولية شبه التصيرية، رسالة باريس ١٩٥١ م؛ جيوفانو فيتش، السببية الفعالة وتطبيقاتها في مجال القانون الجنائي، رسالة باريس ١٩٠٨ ص ٣٠، مالمون شلبيد (عبدالرشيد)، علاقة السببية في المسؤولية المدنية، دار النهضة العربية (مستخرج من مقال بمجلة القانون والاقتصاد) ص ٤٠ ب؛ محمد شتا أبوسعد، مفهوم القوة القاهرة، مجلة مصر للممارسة ص ٧٤ ع ٣٩٣ - ٣٩٤ أكتوبر ١٩٨٣ ص ١٧٥ - ١٩٥. وخطأ المفروض نفس المجلة أكتوبر ١٩٨٤ (ص ٧٥) ص ٣٢٠ وما بعدها.

(٥٠) عبدالجود يحيى، المرجع السابق بند ١٥٩ ص ٢٥٦.

(٥١) ويشترط عدم تجاوز الحدود ويكتفي بقرع فعل يخشي منه حدوث الاعتداء، تقصص ج ١٢/٢٨ ١٩٤٢، المحاماة

٤٢ رقم ٩٨ ص ٣٢١؛ مازووتك، المرجع السابق بند ٤٨٩.

(٥٢) مازووتك، المرجع السابق بند ٤٩٧؛ عبدالرزاق السنهوري، المرجع السابق بند ٥٢٣ ص ٧٩٠.

(٥٣) ربيعي، القناعة الخلقية، المرجع السابق بند ٤٦.

الحالات يحول دون مسؤوليته حيث لا يعتبر فعله خاطئاً، وتفرع على ذلك قواعد فرعية في المجال التطبيقي، ولا شك كذلك أن ينبغي الضرر تنفي المسؤولية المدنية.

وما يتم اللجوء إليه في أغلب الأحوال لنفي المسؤولية المدنية، مع تنكب سبيل التعبير السوي قانوناً في بعض الأحكام، هو إثبات انعدام السببية من خلال إثبات قيام السبب الأجنبي سواء كان حادثاً مفاجئاً أو قوة قاهرة أو خطأ المضرور أو خطأ الغير، أو إثبات أن الخطأ لم يكن هو السبب المباشر أو المنتج.

ففيما يتعلق بنفي المسؤولية المدنية من خلال إثبات قيام السبب الأجنبي في صورة حادث مفاجيء أو قوة قاهرة، فإنه لكي يعتبر الحادث قوة قاهرة أو حادثاً مفاجئاً، فيجب أن يكون غير ممكن التوقع<sup>(٥٤)</sup> ومستحيل الدفع<sup>(٥٥)</sup> استحالة مطلقة<sup>(٥٦)</sup> لا نسبية، وأن يجعل هذا الحادث تنفيذ الالتزام مستحيلاً استحالة - مادية أو معنوية - مطلقة<sup>(٥٧)</sup>، بحيث لا يستطيع أي شخص في مركز المدين أن ينفذ التزامه مع وجودها. فإذا كانت القوة القاهرة، هي وحدها، التي أفضت إلى حدوث الضرر، فإن رابطة السببية تنتفي كلية، سواء تعلق الأمر بمسؤولية عقدية أم بمسؤولية تقصيرية، ويترتب على ذلك إعفاء المدين أو المدعى عليه من المسؤولية المدنية بإطلاق. ولكن ذلك لا يعني أن مفعول القوة القاهرة في المسؤولية ذو نمط واحد محدد، لأنه حتى في إطار المسؤولية العقدية، فإن أثر القوة القاهرة قد يكون مؤقتاً، فيقف تنفيذ الالتزام العقدي حتى يزول أثر القوة القاهرة، فيلزم أداء كل الأداءات في العقود الفورية،

(٥٤) يرى تونك إحلال فكرة الاحتمال محل فكرة التوقع، مقاله: القوة القاهرة وانعدام الخطأ في المواد التعاقدية، المجلة الفصلية للفاصلون المدني الفرنسي ١٩٤٥ رقم ١٣؛ سليمان مرقس، في نظرية دفع المسؤولية المدنية، رسالة القاهرة، النسخة العربية ص ١٨٩ بشأن مفهوم القوة القاهرة، وشأن القول بعدم إمكان التفرقة بين عدم إمكان التوقع وعدم استطاعة الدفع؛ يتكاز في تكملة بودري ج ٣ رقم ٢٧٥، ولكن انظر أجيلا في الرسالة السابقة ص ٤٧٤.

(٥٥) ديميجي، مطول الالتزامات ج ٦ رقم ٦٠٥ (باريس ١٩٣١).

(٥٦) عبدالرشيد مأمون شديد، البحث السابق ص ١٢٠.

(٥٧) عبدالرؤوف مجي، المرجع السابق، نفس الوضع.

أما في العقود الزمنية فلا يمكن التعويض عن فترة وقف التنفيذ المشار إليها، لأن الزمن ملحوظ في هذه العقود، والزمن ذو اتجاه واحد وما مضي منه لا يعود.<sup>(٥٨)</sup>

أما إذا كان هناك سبب آخر، خلاف القوة القاهرة ساهم في حدوث الضرر؛ فإذا كان ذلك السبب متمثلاً في خطأ مؤثر، كخطأ متعهد النقل في الإقلاع بالركب في الموعد وتحميلها بضائع تفوق طاقتها فهبت عاصفة فأغرقتها فإنه هو المسئول وحده<sup>(٥٩)</sup>. أما إن كان خطؤه غير مؤثر على الإطلاق، فإنه لا يعتد به، وفكرة الجوائح من الأفكار الثابتة في فقه الشريعة الغراء، وفي مخطوطة أكرية النونية بمكتبة الاسكوريال ما يبين سبق فقه الشريعة الغراء بصدد المسؤولية بوجه عام ومسئولية صاحب السفينة والملاحين بوجه خاص.

وفيمما يتعلق بنفي هذه المسؤولية بإثبات السبب الأجنبي المتمثل في خطأ المضرور<sup>(٦٠)</sup>، كان يقرأ شخص صحيفة وهو يقطع الطريق العام فتصدمه سيارة كان سائقها يقودها بسرعة فائقة خلافاً لقواعد المرور أو السير، فإن خطأ المضرور له دخل في حدوث الضرر. ويلزم في هذه الحالة التفرقة بين فروض. أولها: أن يستغرق أحد الخطأين الخطأ الآخر، ويحدث هذا إذا كان أحد الخطأين يفوق الآخر في جسامته أو أن يكون أحد الخطأين نتيجة للآخر؛ فإن كان أحد الخطأين يفوق الآخر في جسامته، فإن ذلك يحدث في حالة ما إذا كان أحد الخطأين متعمداً، فمن يعتد

(٥٨) عبدالمتم فرج الصلدة، مصادر الالتزام ١٩٦٠ ص ٥٠٣.

(٥٩) استئناف مخطط، ١٨٩٧/١٢/٣٠ م ١٠ ص ٦٣.

(٦٠) عبدالبودو يحيى، المرجع السابق، نفس الموضوع، وفي أثر فعل للمضرور غير الخطأ، انظر: عبدالرزاق أحد السهري، للمرجع السابق بند ٥٩٢ ص ٨٨١؛ ملزوييتك، السابق بند ١٤٦٤ ط ٣، ٦٠ أنور سلطان - مصادر الالتزام ط ٢ (١٩٥٨) بند ٤٦٠ وفي القول بإنشاء فعل للمضرور غير الخطأ، بالقوة القاهرة، انظر محمود جبال الدين زكي، الرجيز، مصادر الالتزام ط ٢ بند ١٩٠ ص ٣٦٥؛ سليمان مرقس، رسالته السابقة ص ٢٩٢/٢٩٣ وفي أثر هذا التكيف أنظر محمد ليب شنب، المسؤولية عن الأشياء، رسالة ١٩٥٧ هامش ١ ص ٢٤٠ وفي اعتبار فعل الغير معنياً من المسؤولية كذا أو جزئياً بقدر التسبب في إحداث الضرر، انظر إبراهيم الدسوقي، الإعفاء من المسؤولية عن حوادث السيارات، ط ١ بند ١٧٣ ص ٢٤١، وفي الفعل الخطأ، وأثره، انظر جميل الشرفقوي، للصاح غير الإرادية، دار النهضة ط ١ ص ٢١.

الخطأ من الطرفين: المسئول أو المضرور، فإنه يتحمل المسؤولية وحده؛ فإذا كان السائق تعمد قتل من يقرأ الصحيفة، سئل. وإذا كان قارئ الصحيفة المذكور هو الذي تعمد الخطأ انعدمت رابطة السببية، ومثاله أن يلقي ذلك القارئ بنفسه أمام السيارة قاصدا التخلص من حياته. كما قد يحدث ذلك في حالة رضاء المضرور، ولكن رضاء المضرور لا يعني رضاه بإلحاق الأذى بنفسه، لذا فإن رضى المضرور، في غير الحالات التي تضبطها قواعد خاصة، تقطع رابطة السببية، ومن ثم تنتفي المسؤولية المدنية. أما إذا أسهم رضاء المضرور في إيقاع الضرر، فإن الخطأ يكون مساهما بين المضرور والمسئول وهذا يخفف من مسئولية المسئول. ومثاله من يقبل ركوب سيارة بادية الخلل أو يظهر على سائقها أنه لا يجيد القيادة. أما إن كان خطأ المضرور جسيما، إلى حد استغراقه خطأ المسئول فإن رابطة السببية تنتفي ولا تقوم، تبعا لذلك، مسئولية مدنية، كصاحب سفينة ينقل عليها جواهر مخدرة، فتضبط وتصادر، فهو لا يملك الرجوع على صاحب السلع المهزبة أو المواد المخدرة المنقولة فيها، رغم مسئوليته جنائيا.

أما إذا كان أحد الخطأين نتيجة للآخر، فإن الخطأ الذي وقع أولا يستغرق الخطأ الثاني، فإذا استغرق خطأ المضرور خطأ المسئول، انعدمت رابطة السببية، وانفتت، بالتالي، موجبات إعمال المسؤولية المدنية، كان يداعب المضرور صديقه الذي يقود السيارة فيترك عجلة القيادة، وتنحرف السيارة وتصلطم بجسم صلب، فيقتضي المضرور نحيبه، فإذا قام الدليل على ذلك، فلا مسئولية على قائد السيارة. وإذا استغرق خطأ المضرور خطأ المسئول نتيجة خطأ المسئول، فإن المسئول هو الذي يتحمل المسؤولية فيعتمد بخطئه هو دون خطأ المضرور.

ويلاحظ أنه إذا أخطأ كل من المسئول والمضرور دون أن يستغرق خطأ أحدهما خطأ الآخر، فإن كلا منهما يتحمل نصف الضرر، فإذا كان أحد الخطأين أكبر، وزع القاضي التعويض على هذا الأساس، إعمالا للمادة ٢١٦ مدني مصري وماشابهها من الأنظمة الوضعية.

ويلاحظ أن الخطأ المُساهِم (المشارك)، يسري على «المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية على حد سواء»<sup>(٦١)</sup> وتقضي المادة ٣٥٤ من القانون المدني الألماني بأنه «إذا كان لخطأ المضرور نصيب في إحداث الضرر عند وقوعه، توقف قيام الالتزام بالتعويض ومدى التعويض الواجب أدائه على الظروف، ويوجه خاص على مبلغ رجحان نصيب أي من الطرفين في إحداث الضرر» ولنا أن نؤكد أن كثيراً من جزئيات المسؤولية في الأنظمة اللاتينية مثل النظام الفرنسي وما أخذ عنه (المصري والسوري...) والانجلوسكونية مثل الإنجليزي وما أخذ عنه كالقانون السوداني الملغي، والجرمانية كالنص الألماني المشار إليه، تم الإفادة فيها من تراجم كتاب الأحكام الفقهية لابن جزى، وجمع الضمانات للبغدادي، واختيارات شيخ الإسلام ابن تيمية.

وفياً يتعلق بنفي المسؤولية بإثبات السبب الأجنبي المتمثل في خطأ الغير<sup>(٦٢)</sup> فإنه إذا استغرق خطأ المسئول خطأ الغير فلا عبء بخطأ الغير، ولكن إذا استغرق خطأ الغير خطأ المسئول تحمل الغير وحده المسؤولية، ويستغرق أحد الخطأين الخطأ الآخر إذا كان متعمداً أو كان قد ترتب عليه ارتكاب الخطأ الآخر، أما إذا لم يستغرق أحد الخطأين الخطأ الآخر، اعتبر كل من الخطأين سبباً في إحداث الضرر، وعندئذ يتم إعمال مثل حكم المادة ١٦٩ مدني مصري، عند تعدد المسئولين في مواجهة المضرور، وتكون المسؤولية بالتساوي، ما لم يجدد القاضي نصيب كل منهم في التعويض. وتوزع المسؤولية بنفس الطريقة إذا ساهم في إحداث الضرر خطأ المسئول وخطأ الغير وخطأ المضرور.

وقد استقر القضاء الفرنسي على أنه لا ضرورة لتعيين شخص الغير لإعفاء المدين أو المدهي عليه من المسؤولية، طالما ثبت أن شخصا آخر سواه هو الذي سبب الضرر<sup>(٦٣)</sup>.

(٦١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج ٢ ص ٥٤٩-٥٥٠.

(٦٢) عبدالباقى محمد، المرجع والموضع السابقين؛ عبدالمجيد شديد، المرجع السابق من بند ١٠٨ ص ١١٢ ح ١٢٠ ص ١٢٣. (٦٣) ليكس ٩ مارس ١٩٤٩، دالوز ١٩٥٠-٣٣٧.

وفيا يتعلق بإثبات انعدام السببية لكون السبب غير منتج أو غير مباشر: فإنه من حيث تعدد الأسباب التي تشترك في إحداث الضرر: فإن هذه الأسباب قد تتعدد ويستغرق أحدها الأسباب الأخرى، فصاحب هذا الخطأ يسأل وحده، أما إذا لم يستغرق أحد الأسباب المتعددة الأسباب الأخرى، بل تغاوت دورها في إحداث الضرر، فإن النظرية المرجوحة وهي نظرية تكافؤ الأسباب تعتد بكل سبب له دخل ولو محدود في إحداث الضرر، ولكن النظرية السائدة هي نظرية السبب المنتج، أو السبب الفعال، أو السبب المباشر، لا تعتد إلا بالسبب المنتج دون السبب العارض.

ومن حيث تعاقب الأضرار مع وحدة السبب المؤدي إلى الضرر الذي تفاسم فأحدث أضراراً مباشرة، وأضراراً غير مباشرة فالقاعدة أنه لا تعويض إلا عن الضرر المباشر، وهو ما كان نتيجة طبيعية للخطأ، ويكون الضرر المباشر نتيجة طبيعية للخطأ، وفقاً للمادة ٢٢١ مدني مصري «إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهده معقول».<sup>(١٤)</sup>

#### ثانياً : وقفة مع الحلول التطبيقية:

ثبت الآن أن هناك فوارق بين نفي الخطأ ونفي رابطة السببية، ولكن الأحكام، تجوزاً، تتكلم عن نفي رابطة السببية متصورة أنها بذلك تنفي الخطأ، من ذلك قول محكمة النقض المصرية حديثاً، إن وقوع عجز بعهدة أمين المخزن، قرينة على ثبوت الخطأ في جانبه وبالتالي مسؤوليته عن قيمة العجز، ودرء هذه المسؤولية شرطة لإثبات القوة القاهرة أو قيام ظروف خارجة عن إرادته لا يمكنه التحوط لها<sup>(١٥)</sup>. فإذا كانت القوة القاهرة تنفي رابطة السببية وتعدم المسؤولية، فما هي هذه الظروف الخارجية وما طبيعتها وتأثيرها؟ حبذا لو كان قد تم الاكتفاء بالقوة القاهرة والإشارة إلى أنها تقطع رابطة السببية، بعد ذكر توافر عنصر الخطأ والضرر. ومع ذلك فمن الممكن تصور

(١٤) في ضد هذا المبدأ، جمال زكي، المرجع السابق ص ٥٠٤، وانتظر ثروت أحمد الأسير، مسؤولية الناقل

الجوي، رسالة القاهرة ١٩٦٠ ص ٤٠٤ هاشم ٧، وفي للدفاع عن المبدأ الشهوري، السابق بند ٦١٠ ص ٩١١.

(١٥) نقض ١٩٨٥/٥/١٦ - الطعن ٤١٦ ص ٥١ قضائية.



أن المسألة مجرد مسايرة لعبارات الأحكام دون تنقيتها بما لا ضرورة له، كقول محكمة النقض المصرية إنه إذا كان الحكم المطعون فيه قد نفى مسئولية المطعون ضدها الثانية بسبب عدم توافر أي خطأ قبل قائد السيارة، وانتهى إلى ثبوت وقوع الحادث بسبب أجنبي هو انفجار لغم بالسيارة، فإن النعي على الحكم بما نعى عليه به يكون على غير أساس<sup>(٦٦)</sup>، ولكن المحكمة في أحكام أخرى جرت على نفي المسئولية على أساس ثبوت سبب أجنبي ينفي علاقة السببية بين الفعل والضرر<sup>(٦٧)</sup>. كما قضت بأن خطأ المضرور قاطع لرابطة السببية متى استغرق خطأ الجاني وكان كافياً لحدوث الضرر.<sup>(٦٨)</sup> وهو رجوع إلى الصواب.

وعلى ذلك فإن نفي الخطأ شيء، وقطع رابطة السببية بين الخطأ والضرر شيء آخر، ولكن أيًا من الأمرين ينفي المسئولية المدنية كليةً، وتوجد آلاف الأحكام القضائية في هذا الصدد، ولكن الذي يهمنا ليس سرد الأحكام وإنما الإشارة إلى فكرتها المحورية، لا سيما وأن بعضها يقر مبادئ تتنافى مع أصول الشريعة الإسلامية كإباحة، الفوائد الربوية أو إباحة التعويض عن حالات لا تستوجب التعويض، أساساً، في ضوء المفاهيم الإسلامية الكبرى التي تنفي مطلق الضرر وتحول دون كل أموال الناس بالباطل على ما سيلي بيانه.

**المسئولية المدنية:** إذن هي إخلال بالتزام ناجم عن عقد أو إرادة منفردة أو فعل ضار، وفي الفرضين الأولين تعرف هذه المسئولية بالمسئولية العقدية، بينما يُسبغُ عليها وصف المسئولية التقصيرية إذا نجمت عن الفعل الضار، وتعتبر المسئولية مدنية أيضاً إذا كانت إخلالاً بالتزام نظامي لا يخالف شرع الله أو إخلالاً بالنظام العام أو الآداب الإسلامية.

(٦٦) نقض ١٩٨٠/٣/٢٧/١٩٨٠ ج ١ ص ٩٣٠.

(٦٧) نقض ١٩٧٨/٢/٩/١٩٧٨ ج ١ ص ٤٣٧ (مسئولية حارس مفترضة) ونقض ١٩٧٧/٢/١٥/١٩٧٧ ج ٢٨ ص ١٨١٥ (انتهاك منسوب إليه في النفي) ونقض ١٩٦٨/١٢/١٩/١٩٦٨ ج ٣ ص ١٥٥١.

(٦٨) نقض ١٩٨٥/٢/٢٦/١٩٨٥ ص ٢٣١١ الطعن ٥١ قضائية.

ويلاحظ بشأن هذه المسؤولية ما يلي:

- ١ - انها تكاد تكون واحدة في مفاهيمها في الأنظمة الوضعية الموجودة في العالم، بصرف النظر عن كون النظام الانجلوسكسوني يعالج الأمور بمناسبة كل حالة على حده؛ فهناك الإهمال، والتعدي وشبه التعدي، ولا توجد نظرية عامة للخطأ، ولكن الحلول في السوابق القضائية تنحو نحو وضع أطر نظرية عامة للمسؤولية المدنية عقلية وتقصيرية.
  - ٢ - إن اصطلاح المسؤولية المدنية إذا تم إعماله في فقه الشريعة الفراء على نطاق يلبي حاجة العمل، سيفضي لا محالة إلى نشوء مبادئ إسلامية جديدة، يمكن أن تكون أساسا للتأثير في الأنظمة الأخرى، ومن ثم سبيلا من سبل الدعوة الإسلامية، ربانية المصدر، سامية الأهداف، بعيدة النظر.
-

## المبحث الثاني

### تحديد معنى المسئولية المدنية كمرادف لضمان الأموال

### في الفقه الاسلامي

#### ١ - تمهيد:

موضوع الضمان، هو واحد من أهم الموضوعات التي عالجها فقهاء الشريعة الفراء، فقد أفاضوا في معالجة جزئياته، حتى تكونت منه نظريات عامة من نظريات الفقه الإسلامي، من ذلك مثلاً، ضمان العقد، والضمان الناجم عن الاعتداء، وضمان المتلفات، والضمان في حالة الغصب، والضمان الناجم عن التفويت والتعيب والتفجير، وضمان اليد، وضمان الشرط، والضمان الناجم عن الحيلولة بين المال وصاحبه، وتضمنين القار ما تلف بسبب غروره وغير ذلك.<sup>(١٩)</sup>

والمصدر الأساسي للضمان في الأحوال المتقدمة يكمن في أمرين:  
أولهما : الضمان بناء على عقد ويدخل في ذلك الضمان بناءً على إلزام الشخص نفسه بإرادته وحده.

وثانيهما: الضمان بناء على ترتب الضرر ذاته، سواء قام الضرر غير مستند إلى خطأ أو قام بسبب خطأ. فحيث يوجد إخلال بالعقد أو التعهد يوجد الضمان، وحيث يوجد الضرر يوجد الضمان.

(١٩) الشيخ علي الحقيف، الضمان في الفقه الإسلامي، القسم الأول، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة ١٩٧١ ص ٩ وما بعدها.

وقد يلزم الشارع الحكيم بالضمان، جبراً للضرر، وعندئذ يكون أساس الضمان هو إلزام الشارع، وحتى تبقى نظرية الضمان في إطارها الفقهي كنظرية للتعويض، فإنه لا يجوز التوسع فيها باقحام بعض الأمور التي ألزم بها الشارع الحكيم كجزاء، مثل ضمان السديت، ما لم يتعلق الأمر بتعويض، وضمان قيمة صيد الحرم عند الاعتداء عليه، وضمان ما يجب من كفارات الأيمان والظهار والإفطار عمداً في رمضان، وضمان ما أوجبه الشارع في الأموال من زكاة، وكذلك النفقات<sup>(٧٠)</sup> على خلاف ما ذهب إليه بعض المحدثين من الباحثين<sup>(٧١)</sup>، ومثل ذلك يقال بالنسبة لضمان النفس والكفالة، فتلك أمور لا تنطوي على فكرة جبر الضرر التي تهدف إليها المسؤولية التقصيرية أو المسؤولية العقدية.

وأدلة الضمان في الشريعة الغراء متعددة، فالقرآن الكريم والسنة المطهرة يقرران حرمة الأموال ويحرمان الاعتداء عليها، ويلزمان برد الأموال المقبوضة.

قال تعالى في بيان حرمة الأموال:

﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ [النساء: من الآية ٢٩] وقال سبحانه:

﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَهُمْ إِلَى أَمْوَالِكُمْ﴾ [النساء: من الآية ٢٩].

وقال جل شأنه في مجال النهي أيضاً:

﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ إِسْتِرَافًا وَبِدَارًا﴾ [النساء: من الآية ٦].

(٧٠) انظر في هذه المسائل على التوالي؛ حاشية الجمل على شرح المنبج للشيخ سليمان الجمل على الشرح المذكور للشيخ زكريا الأنصاري، مطبعة مصطفى محمد، بدون تاريخ ج ٥٨؛ الأم لحمد بن إدريس الشافعي رحمه الله، دار للمعرفة، بيروت، ج ٧ ص ١٥٠؛ للفتن لموفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي ط ٣ (١٢٩٣هـ) ج ٢ ص ١١٢؛ للبطون لشمس الدين السرخسي، مطبعة السعادة ١٣٢٤هـ ج ٩ ط ١ ص ٥ وما بعدها؛ البناية في شرح الهداية لأبي محمد محمود بن أحمد العيني، دار الفكر ط ١ (١٤٠٠هـ) ج ١٣؛ بدائع الفوائد في ترتيب الشرائع لعلاء الدين أبي بكر بن مسعود الكليني، مطبعة الإمام ج ٢ ص ٨٠٩؛ المغني لأبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة (عل مختصر الحرقي) ج ٢ مكتبة الرياض الحديثة ص ٥٩٠.

(٧١) الشيخ على الخفيف، المرجع والموضع السابقان.

وقال عز من قائل: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَخُونُوا اللَّهَ وَالرَّسُولَ وَتَخُونُوا أَمْنَكُمْ﴾ [الأنفال من الآية ٢٧]. وقال سبحانه: ﴿لَا تَطْلُمُونَ وَلَا تَظْلُمُونَ﴾. [البقرة من الآية: ٢٧٩]. كل هذا فضلاً عن الآيات التي تحرم السرقة والغش والخداع والربا وكل غمك غير مشروع، والظلم والتواطؤ على ضياع الحقوق ونقض العهد.

وفي الإلزام برد الأموال المقبوضة وأداء الأمانات والوفاء بالعهد، يقول الله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾. [النساء: من الآية: ٥٨]. وقال سبحانه: ﴿فَالْيَوْمَ الَّذِي أَقْرَبْتُمْ أَمْنَكُمْ﴾. [البقرة: من الآية: ٢٨٣] وقال جل شأنه: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: من الآية: ١]. وفي وجوب الوفاء بالالتزام العقدي في الإجارة. قال تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَتَأَوَّهُنَّ أَجُورَهُنَّ﴾. [الطلاق: من الآية: ٦] وقال سبحانه: ﴿قَالَ لَوْ شِئْتَ لَتَجِدَنَّ عَلَيْهِ أَجْرًا﴾ [الكهف: من الآية: ٧٧] وقال جل شأنه: ﴿وَلَمَنْ جَاءَهُ يَوْمَ جَمَلٍ بَعِيرٌ وَأَتَايَهُ رَعيٌّ﴾ [يوسف: من الآية: ٧٢] أي كفيل.

وأما السنة المطهرة فقد جاءت بأمور كلية وقواعد تفصيلية أيضاً: فنعن الضرر كأساس للضمان ونفي مطلق الضرر والضرار. قال صلى الله عليه وسلم: «لا ضرر ولا ضرار» وهذا حديث حسن، رواه ابن ماجة والدارقطني وغيرهما، كما رواه الإمام مالك في الموطأ مرسلًا عن عمرو بن يحيى عن أبيه عن النبي صلى الله عليه وسلم، فأسقط أباسعيد، وله طرق يقوي بعضها بعضها. وهذا الحديث يصلح أساساً لنظرية المسؤولية المدنية برمتها، عقدية كانت أم تقصيرية.

وفي مطلق الضمان قال صلى الله عليه وسلم «الزعيم غارم» أي ضامن، وهو حديث صحيح، رواه الإمام أحمد رحمه الله، في مسنده، والبيهقي وأبو داود وابن ماجة<sup>(٧٢)</sup>.

(٧٢) انظر للمنفى لابن قدامة، المرجع السابق ج ٤ ص ٥٩٢.

وفي ضرورة وجوب أداء ما دخل الذمة لأي سبب، أورد الإمام أحمد في مسنده، قوله صلى الله عليه وسلم «على اليد ما أخذت حتى تؤديه». ومن حديث الجابر بن عبد الله، رواه الإمام أحمد وأبو داود والنسائي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان لا يصلي على رجل مات وعليه دين.

وستل اشارات لتلك الآيات وهذه الأحاديث في معرض اقتضائها، ولأحاديث أخرى. كذلك فقد أجمع علماء الأمة على مشروعية الضمان في الجملة.<sup>(٣٧)</sup>

### ٣- أمثلة :

ونظرية الضمان في الفقه الإسلامي تتسع في جانب منها لكل قضايا ومشكلات المسؤولية التقصيرية، فإذا قيل إن نظرية المسؤولية المدنية تقوم في الأنظمة الوضعية على قاعدة أن كل خطأ سبب ضرراً للغير، يلزم فاعله بالتعويض، فانه يصح القول أن الفقه الإسلامي يقيم هذه المسؤولية على قاعدة أدق: هي كل ضرر وإن نجم عن غير مميز يلزم جبره.<sup>(٣٨)</sup>

والفرق بين القاعدتين واضح: فالمسؤولية المدنية لا تقوم وضعا، إلا على خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما. من جهة، ولا مسؤولية عن فعل الصغير أو عديم التمييز بعموم، أما في الفقه الإسلامي فالمسؤولية موضوعية أساسها الضرر، ويضمن فيها عديم التمييز ويعوض من ماله، وهو أمر تحاول الأنظمة الوضعية الوصول إليه، بالخروج الصريح على النصوص التي تكبل مقتضى التطور الذي بصرت به النصوص الشرعية الإسلامية منذ فجر الرسالة المحمدية.

وليس هذا فحسب، فقد قدم فقهاء الشريعة الغراء أمثلة لكافة فروع المسؤولية المدنية ومشكلاتها العملية على نحو يختلف عن النظام الانجلوسكسوني الذي وضع

---

(٣٧) منار السبيل في شرح الدليل للشيخ إبراهيم بن محمد بن سليمان بن ضويان ط ٤ (١٩٧٩م) المكتب الإسلامي بيروت صفح ٣٥٩.

(٣٨) ساهم الباحث في إدخال هذه القاعدة في قانون المعاملات المدنية الإسلامي السوداني لعام ١٩٨٤، انظر محمد شتا إبراهيم مذكرات في الضمان لقسم الماجستير بجامعة أم درمان الإسلامية ١٩٨٥ ص ٨٠.

سوابق قضائية في مجال الإهمال ومعاييره، وعلاقة السببية بينه وبين الضرر، والتعدي المباشر وغير المباشر، والمسئولية المطلقة أو المشددة، وقواعد الإثبات، كتقاعده ريل، التي تعني أن الشيء يتحدث عن نفسه وأن الضرر متى وقع فلا مساع لإثبات الخطأ، وذلك حسب آخر تطورات هذا النظام؛ ويبان ذلك أن هذه الحلول لا تنبثق عن نصوص عقديّة كما في الإسلام، كما أنه لا ينتظمها نظرية عامة كنظرية الضمان، فضلاً عن عدم مسئولية عديم التمييز فيها، وعدم إطلاق قاعدة الضرر كأساس الضمان بوجه عام والمسئولية بوجه خاص.

أما الفقه الإسلامي ففي كل مذاهب أهل السنة توجد مؤلفات لا يغفل أحدها، معالجة الضمان بمعموم، والغصب بخصوص، وغيرهما من الموضوعات التي تضع قواعد عامة لوجوب جبر الضرر أيا كان مصدره،<sup>(٧٠)</sup> على مايلي، ونجتزئ الآن بأمثلة جزئية.

ففيما يتعلق بوجوب جبر الضرر الناجم عن الإتلاف. جاء في شرح التاج والإكليل لمختصر خليل: وقال في رجلين اصطدما وهما يحملان جرتين فانكسرتا، «غرم كل واحد ما كان على صاحبه، وإن انكسرت إحدهما غرم ذلك له صاحبه»<sup>(٧١)</sup> وجاء في مجمع الضمانات أن الإنسان ولو غصب ماء محرراً في آنية فإنه يضمّنه بمثله.<sup>(٧٢)</sup>

وفي مسئولية عديم التمييز جاء في الحارثي، أن الفعل الضار إذا حدث من صغير

(٧٠) ففي تحمل المسئولية العقديّة أي ضمان المقدّ نظر نيل الأطول للشوكاني، المطبعة المثلثية ١٣٥٧هـ ج ٥ ص ٢٩٥، وفي المسئولية التصيرية. انظر مجمع الضمانات للبندادي (أي محمد بن غاتم)، المطبعة الحيدرية، القاهرة ١٣٠٨هـ ص ١٤١. وفي ضمان التلقات، بوجه عام والناجئة عن فعل الحيوان بوجه خاص انظر: سليمان محمد أحمد، ضمان التلقات في الفقه الإسلامي، رسالة الأزهر ١٣٩٥هـ - ١٩٧٥م ج ٢٠١ وبخاصة ص ٣٧٢.

(٧١) الشيخ محمد المدني يوساق، التصويض عن الضرر في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير من جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، غير مطبوعة، ١٤٠٢هـ ص ٢١ وما بعدها؛ محمد بن يوسف العبدري (الموافق) في شرحه التاج والإكليل لمختصر خليل ط ١ مصر ج ٦ ص ٢٤٣.

(٧٢) مجمع الضمانات للبندادي، المرجع السابق ص ١٣٨.

أو مجنون ففي ضمانه على ما ذهب إليه ابن الحاجب ثلاثة أقوال... والمذهب الضمان<sup>(٧٨)</sup>.

وفي دفع المسؤولية ورد في المدونة: (قال) أرايت لو أن سفينة صدمت سفينة أخرى فكسرتها ففرق أهلها (قال) قال مالك: إن كان ذلك من الريح غلبتهم أو من شيء لا يستطيعون حبسها منه فلا شيء عليهم، وإن كانوا لو شأوا أن يصرفوها صرفوها فهم ضامنون<sup>(٧٩)</sup>. وجاء في جامع الفصولين: ولو قال لغيره أخرق ثوبي أو القه في البحر ففعل فلا ضمان عليه، وكذلك لو قال له اهدم منزلي فهدمه فلا ضمان عليه، إذ أن أمره قد صدر في حدود ولايته ولم يكن المأمور متعدياً بسبب ذلك فلا يضمن<sup>(٨٠)</sup>.

لا حجة، إذن، للمستشرقين، عندما يدخلون في روع أنصار القوانين الوضعية، أن مثل هذه الحلول هي مجرد حلول جزئية، فقد درست من خلال نظرية عامة من جهة، وصيغت بما يؤكد انبثاقها عن أصول كلية من جهة أخرى، فضلاً عن وجود الآيات والأحاديث الدالة على رسوخ نظرية الضمان في الفقه الإسلامي، على نحو ما أجمع عليه علماء الأمة في الجملة. وحاصل ذلك أن من يتتبع الحلول الفقهية الإسلامية في مجال المسؤولية كجزء من نظرية الضمان، يجد أنه ما من جزئية إلا ولها أصل ترجع إليه، وعدم إدراك ذلك هو قصور في فهم الحقيقة الثابتة وهي أن الفقه الإسلامي، بسط نطاق الضمان على نحو أصبحت كثير من مسائله نظريات عامة، كضمان التلفات، ومسئولية مالك الحيوان وحارسه، والمسئولية عن فعل الغير، وضمان العقد، وضمان اليد، وضمان الغصوب على ما سبقت الإشارة إليه.

والضمان في شقه المقابل للمسئولية المدنية يعني وجوب إلزام الشخص بالوفاء بما

---

(٧٨) شرح الحرثي على مختصر خليل لأبي عبد الله محمد بن عبد الله الحرثي المالكي، دار صادر، بيروت ج ٦ ص ١٥١.

(٧٩) للمدونة الكبرى لإمام دار الهجرة مالك بن أنس الأصبحي، رواية سحنون... مطبعة السعادة ١٣٥٣هـ بمصر ج ٤ ص ٥٠٥.

(٨٠) محمود بن إسماعيل الشهير بابن قاضي سبار، جامع الفصولين، الطبعة الأولى، المطبعة الأميرية (١٣٠٠هـ ص ٢٤ ص ١١٣ وما بعدها).



الترحم به أو الزم نفسه به أو تعويض الضرر الذي ألحقه به. فإن تعافى شخص مع آخر على أن يبيع أولها للثاني مالا متقوما وعلى أن يسلمه إياه في موعد معين، ولم يسلمه إياه رغم انتفاء المانع، ورغم وفاء الطرف الآخر بالتزامه، فقد انعقدت مسئوليته في الإسلام. قال تعالى:

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾. [المائدة: ١].

والأمر في هذه الآية يفيد الوجوب لانعدام القرينة الصارقة له عن ذلك. وعدم الوفاء ينجم عنه الضرر لا محالة. ومثل ذلك يقال فيما لو أزم الشخص نفسه بأمر مشروع أناطه بقيام المتعهد له بأمر مشروع فنفذه. وكذا فإن من غصب مالا، أو أتلف شيئا متمولا، أو حال دون وجه حق بينه وبين صاحبه فهلك، أو تعدي على عقار غيره، فقد انعقدت مسئوليته في فقه الشريعة الغراء، ومن ثم فإن هذه الفروض وما سبقها تغطي كل جوانب المسئولية المدنية، فما بالنا بالحلول الكثيرة الجامعة الأخرى، والتي تجعل الضمان معنى عاما شاملا، وليس فقط مجرد الالتزام بدين وثابت في ذمة الغير أو احضار عين مضمونة، أو بدن من لا يستحق حضوره<sup>(٨١)</sup> أو مجرد، ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق<sup>(٨٢)</sup>.

ومن يأخذ تعريفا للضمان دون أن يعي حقيقة فرع الضمان الذي يتم تعريفه، ويحاول أن يعممه على فكرة الضمان ككل، بشتي فروعها المبثوثة في كل أنواع العقود وكافة الأفعال الضارة، فقد افترى على فقهاء الإسلام إثما مينا، ولا يتسع المقام لضرب أمثلة من كافة مذاهب أهل السنة، ولذا نجتزئ بالإشارة الموجزة إلى فقه الإمام أحمد رحمه الله، ونكتفي ببعض المصنفات الفقهية المبينة له؛ ففي المغني (٧١/٤) أن الصفة المقصودة في البيع ملزمة، وأن تفريق الصفة لا مسئولية معه (٢٦١/٤) وأن الشرط الصحيح في الرهن الصحيح ملزم (٤٢٢/٤) وأن المرتهن إذا تعدي في الرهن أو فرط في الحفظ للرهن عنده حتى تلف فإنه يضمن بلا خلاف

(٨١) شرح التلخيص للشيخ زكريا الأنصاري يلمش حاشية الجمل، مطبعة مصطفى محمد، بدون تاريخ، ج ٣

ص ٣٧٧.

(٨٢) للمتح لاين مقدمة القدسي، المرجع السابق، ص ٥٩٠.

(٤/٤٣٨) وأن هدم أحد الشريكين الحائط لغير خوف سقوطه . . «فعليه إعادته سواء هدمه لحاجة أو لغيرها . . لأن الضرر حصل بفعله . . » (٤/٥٦٩) ومن ضمن عنه حق بعد وجوبه، أو قال: ما أعطيت فهو عليّ فقد لزمه ما صح أنه أعطاه، إذ الضمان ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق، فثبت في ذمتها جميعا . (٤/٥٩٠) ويصح ضمان كل جائز التصرف . في ماله (٤/٥٩٨) وإذا تعدي المضارب وفعل ما ليس له فعله، أو اشتري شيئا نهي عن شرائه فهو ضامن للمال في قول أكثر أهل العلم (٥/٥٤) وإذا باع الوكيل، ثم ادعى تلف الثمن من غير تعد فلا ضمان عليه . فإن اتهم حلف (٥/١٠٢) ولا تبطل الوكالة بالتعدي فيها وكل فيه . . (٥/١٢٥) وفي كتاب العارية أنه إن شرط نفى الضمان لم يسقط . . ولا ينقدامة «ان كل عقد اقتضي الضمان لم يغيره الشرط» (٥/٢٢٢) . ومن غصب مال غيره، بغير حق فقد اقترب أمرا محرما بالكتاب والسنة والإجماع وضمن، على تفصيل (٥/٣٨) وفي تلف العين المستأجرة تفصيل (٤/٤٧٤) وإذا أتلّف الأجير المشترك العين من حرزه من غير تعد منه فُرُوِي أنه لا يضمن (٥/٥٣٣)<sup>(٨٣)</sup>، والأمثلة كثيرة تعز على التأصيل، ولكن هذه الإشارة تدحض مسلّك الهلاميين التوهين وجود نقص في فقه الشريعة الفراء .

### ٣ - بين التعويض والضمان :

معنى ما تقدم أن للضمان أسبابه المتعددة، وأنه لا يصلح الحكم على حل جزئي دون مراعاة الإطار النظري الكلي الذي نوقش من خلاله، فإذا كانت كل تلك الفروع قد وردت في كتابين اثنين من مؤلف جامع، فإنه ينبغي قبل اطلاق الحكم على الفقه الإسلامي، جمع كل متعلقات النظرية التي يراد الحديث عنها، من أجل تحقق الصدق في تقويمها، فإذا ثبت ذلك، ثبت كذلك الحقيقة الفقهية الكلية القائلة: إنه كلما وجد سبب الضمان فقد «وجب الضمان»<sup>(٨٤)</sup> وغالبا ما يكون من «وقت وجود

(٨٣) للفني لابن قدامة في الأجزاء والصفحات المشار إليها في المتن .

(٨٤) الفروق للقرافي (شهاب الدين أحمد بن إدريس الصنهاجي المشهور بـ) مطبعة دار إحياء الكتب العربية ط ١

(١٣٤٦هـ) ج ٤ ص ٢٧ .

سببه»<sup>(٨٥)</sup>. والمقصود هنا هو التعويض بسبب الضرر، سواء تعلق الأمر بضمان عقد وشرط، أي ضمان مال تالف أو ضرر حاصل بناء على عقد أو شرط يقتضي هذا الضمان، أو بناء على فعل ضار كالنصب، متى توافر ركناه وهما إثبات اليد أو الاستيلاء وقصد العدوان، أو عن اتلاف مباشرة أو تسبب، أو لغير ذلك من الأسباب الشرعية دون أن يتجم الضرر عن دفاع مشروع، أو تطيب وتأديب أو إكراه أو قوة قاهرة، على تفصيل، حيث يتخذ الضمان صوراً عديدة منها التعويض باعتباره بدلاً مالياً لا جزءاً للفعل، وبه تصان الأموال في الشريعة، أيما كان مظهر الضرر وموجبه كالغلاب نائم على متاع وإتلافه، أو حرق شخص مال غيره، أو وضع شيء في طريق عام فيتعثر فيه إنسان فيسقط منه متاعه ويتلف،<sup>(٨٦)</sup> والتعويض يمكن أن يكون عن الضرر المباشر في حال الإخلال بالعقد في الفقه الإسلامي، كما يمكن أن يكون عن الضرر غير المباشر، إذا حدث من المباشر تعد، أي تجاوزاً لما يسمح به الشرع كمن يرسل في أرضه ماء لا تحتمله فيتعدى إلى أرض جاره فيفسد ما فيه من زرع<sup>(٨٧)</sup>، وتحققت السببية بين التعدي والضرر<sup>(٨٨)</sup> وإلا فلا تعويض أصلاً، وهناك خلاف فقهي بشأن مدى إمكان التعويض عن الضرر غير المباشر في بعض الحالات، كحالة من حل رباط سفينة ففرقت بما عليها من أمتعة، أو فتح زق سمن فخرج ما فيه من فوره، أو الحيلولة بين صاحب مال وماله حتى تلف، ويلاحظ أن المباشرة تقدم على التسبب كما سيأتي، باستثناء حالات يكون فيها التسبب مسئولاً مع المباشر حيناً ومسئولاً وحده

(٨٥) بدائع الصنائع، المرجع السابق ط ١٣٢٨ هـ ج ٧ ص ١٥١.

(٨٦) البحر الرائق شرح كنز الدقائق لزين الدين بن نجيم، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت ج ٨ ص ٣٩٩، جمع الفقهات للبندادي، المرجع السابق ص ١٤٦ - ١٥٤ - ١٦١ - ١٦٥، جامع الفصولين، المرجع السابق ج ٢ ص ١١٣ شرح مسهب الإبداعات لنعيم بن إدريس البهوتي، دار الفكر، ج ٢ ص ٤٢٤ حاشية العلوي على شرح الحاشي للشيخ علي بن أحمد الصمدي العلوي، مطبوعة بهمن شرح الحاشي، دار صادر، بيروت ج ٦ ص ١٤٠.

(٨٧) جامع الفصولين، المرجع السابق ج ٢ ص ١١٦، ١٢٢، ١٢٤، جمع الفقهات، المرجع السابق ص ١٦٤ شرح الحاشي على مختصر خليل، المرجع السابق ج ٨ ص ١١١.

(٨٨) فتح العزيز شرح الوجيز مع المجموع شرح للذهب لأبي القاسم عبد الكريم بن محمد الرافعي، المكتبة السلفية بالمدية المصرية ج ١١ ص ٢٤٣ - ٢٤٥.

أحياناً، فيضمن المتسبب والبشر معا إذا أحدثا الضرر معا وكان لكل منهما تأثير واضح فيه، بينما يضمن المتسبب وحده إذا كانت المباشرة مبنية على السبب وناشئة عنه وكانت المباشرة لا عدوان فيها بالكلية<sup>(٨٩)</sup> وإذا اجتمع أكثر من متسبب في إحداث الضرر اشتركوا في الضمان<sup>(٩٠)</sup>، كذلك يتم التعويض سواء نجم الضرر عن فعل المباشر مباشرة أو من المتسبب فيه، أم نجم عن حيوانه أو جماداته، ذلك أن الضرر يزال، وهو لا يزال إلا بتعويض أو بشكل آخر من أشكال الضمان، حيث تشغل الذمة بالحق، فيجب رده أو بدله بالمثل أو القيمة، أو غير ذلك، منعا لكل أموال الناس بالباطل وتغطية للضرر الواقع فعلا على مال متقوم متعلق بالضرور، طالما كانت هناك فائدة شرعية منه وكان المثلّف من أهل الضمان.

### والخلاصة :

١ - ان الضمان في الفقه الإسلامي، موضوع ثرٌ وللفقه فيه عطاء كبير، ومن الناحية المنهجية، فإن موضوعاته التي عاجلها الفقه الإسلامي، تغطي مايلي:

أ - المسؤولية المعروفة في الأنظمة بالمسؤولية الخطئية، أي المسؤولية القائمة على الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما، وما يستلزمه توافر هذه العناصر من تحقق الضمان أو وجوب التعويض، ولكن النظرية الإسلامية تتفوق في أنها تفترض الخطأ لمجرد حدوث الضرر، عند بعض الفقهاء، ويبني البعض الآخر الضمان على مجرد حدوث الضرر، لذا فإن الفرد من المحدودة في الفقه الإسلامي، والمتعلقة بهذه النظرية تتجاوز التقنيات الوضعية العربية برمتها، وهي في هذا الصدد تتفوق على نظرية المسؤولية المشددة أو المطلقة بالفهم الأنجلوسكسوني والمستمدة من السابقة الشهيرة (ريالاندز ضد

---

(٨٩) القواعد في الفقه الإسلامي للمحافظ أبا الفرج عبدالرحمن بن رجب الحنبلي، راجعه وعلق عليه عبدالرزاق سعد ١٣٩٢هـ مكتبة الكليات الأزهرية ص ٣٠٧.

(٩٠) ألفني لابن قدامة، المرجع السابق ج ٧ ص ١٧٣٣ بدائع الصلتام المرجع السابق ج ٧ ص ١٦٨.

فلنشر<sup>(١)</sup> الخاصة بالتعويض عن ضرر نجم من تسرب ماء إلى أرض الجار.

ب - النظرية التي لم تُصغ بعد في أي قانون مدني في العالم، رغم الارهاصات الفقهية للتبشير بها، وهي نظرية المسؤولية الموضوعية بمعنى الكلمة، أي المسؤولية القائمة على الضرر وحده بصرف النظر عن وجود خطأ من عدمه، وهذه هي النظرية الأساسية والأصلية في الفقه الإسلامي وهي نظرية الضرر كأساس للضمان أو التعويض، وتقوم هذه المسؤولية بالنسبة للشخص غير المميز مثلما تقوم بالنسبة للشخص المميز فيها في ذلك سواء.

ج - إن المسؤولية في الفقه الإسلامي لا تقوم عن فعل الشخص فقط بل عن فعل غيره، كمسؤولية المتبوع عن أعمال تابعة ومسؤولية متولي الرقابة عن أعمال القصر ومن إليهم وليس في هذا حمل مسؤولية أوصيان عن الغير، لأن الملتزم بالتعويض والضمان يرجع على من هو مسئول عنه، وذلك ما لم ترفع الدعوى مباشرة على التابع مثلاً، حيث تكون مسؤولية المتبوع احتياطية.

د - إن المسؤولية عن الأشياء ثابتة أيضاً في الفقه الإسلامي، فهالك الحيوان أو حارسه وحارس الشيء الجامد، أو مالكه، وغيرهم ممن يناط بهم واجب شرعي أو اتفاقي يضمنون على تفصيل، لا تنسع له هذه المحاولة التأصيلية.

٢ - إن للضمان في الفقه الإسلامي إطلاقات متعددة، يهمن منها ما يتعلق بتأصيل مسؤولية الضامن عن مخالفة التزاماته العقدية (فهذه مسؤولية عقدية) أو إتيانه أي فعل، أيما كان، ينتجم عنه ضرر للغير، أو إحداثه هذا الضرر بالغير، (وتلك هي للمسؤولية التقصيرية) والإثنان معا يشكلان ما يعرف وضعاً بالمسؤولية المدنية التي هي، بهذه الثابتة، جزء من نظرية الضمان:

---

(١) محمد شتا أيرسمد، تاريخ المسؤولية التقصيرية في السودان، طبعة جامعة القاهرة ١٩٨٤م ص ١٣٠ وانظر كالكرك وليتسل، الأخطاء، ط ١٢ لندن ١٩٦١ من رقم ١٣٠١ ص ٦٩٢ حتى رقم ١٣٦٠ ويغلد في الحظا ط ٧ بواسطة جوليون وكز ولبليس لويس، لندن ١٩٦٣ ص ٥ ص ٤٤٠ حتى ٤٧٢.

أ - فمن جهة قد يطلق لفظ الضمان ويقصد به المسؤولية العقدية، عند مخالفة التزام عقدي، بل قد يشمل المسؤولية عن التعهد الإرادي الأحادي كالسليم بالضمان حتى قبل وقوعه كقولهم «اللق مناعك في البحر وعلى ضمانه»<sup>(٩٢)</sup>. وقد يتجاوز الأمر ذلك إلى ضمان تنفيذ الالتزام، بدليل استخلاص صحة الضمان في كل حق «من الحقوق المالية الواجبة أو التي تؤول إلى الوجوب كضمن المبيع في مدة الخيار وبعده، والأجرة والمهر قبل الدخول أو بعده»<sup>(٩٣)</sup> مع عدم صحة ضمان مالا يكون مضمونا على من هو في يده.<sup>(٩٤)</sup>

ب - كذلك فقد يطلق الضمان ويقصد به أحد جانبي المسؤولية المدنية، وهو المسؤولية التقصيرية، حيث لا خلاف مطلقاً بين الفقهاء - وبهنا هنا، تبعاً للسياق مسلك الخنابلة - في أن كل فعل ضار يستلزم الضمان، كما في حالة الغصب، فالغصب إذن مضمون، لأن الغاصب مقارف لفعل ضار تشغل به مسؤوليته في الضمان، ولكن عمق الفقه الحنبلي بعد ذلك يتجلى في بحث مسألة مدى ضمان هذا المضمون من خلال عقد، وتلك مسألة أخرى، ولكن عرضها لا يخلو من فائدة في مسألة ضمان المسؤولية، فهذا سند أصيل له، فالذين يتصورون أن ضمان المسؤولية في الشريعة أمر غير معروف يقعون في خطأ، بدليل ما ورد في المغني لابن قدامة من أنه «يصح ضمان الأعيان المضمونة»<sup>(٩٥)</sup> وضرب مثلاً لذلك بالمقصود، والاحتاف يقولون بذلك، وكذا الشافعي في أحد أقواله، لأن ذلك ضمان استنفاد ورد. وإذا عدنا إلى الأصل وهو قيام الضمان في حالة إتيان فعل ضار، فإن ثبوت ذلك ليس محل خلاف في فقه الشريعة الغراء، وهو ما سنعرض له عند الحديث عن الضمان المرادف للمسؤولية المدنية، وعلى ما

(٩٢) للمغني لابن قدامة ج ٤، المرجع السابق ص ٥٩٣.

(٩٣) للمرجع السابق ص ٥٩٥.

(٩٤) للمرجع السابق ص ٥٩٥.

(٩٥) للمرجع والموضع السابقين.

نتقل إليه الآن، ونقسم هذا المبحث إلى مطلبين أساسيين. أولهما عن الضمان في حالة مخالفة الالتزامات العقدية في الشريعة الإسلامية ليكون ذلك أساساً لتعريف هذا الشق، وثانيهما عن الضمان في حالة الفعل الضار، ليكون ذلك بدوره أساساً لتعريف هذا الشق ومن حاصلهما، ومن حاصل المبحث الأول يمكن تعريف المسؤولية المدنية في فقه الشريعة الغراء.

---

## المطلب الأول

### تعريف المسؤولية العقدية في الشريعة الإسلامية

#### من خلال أمثلة تبين الضمان في هذا الجانب

المسؤولية العقدية، تعني، في فقه الشريعة الإسلامية، إما الالتزام الذي يشغل كامل الملتزم، باعتبار أن هذا الالتزام هو أثر للعقد، وأما الجزء المترتب على الإخلال بهذا الالتزام، باعتبار أن هذا الإخلال هو الجزء المترتب على عدم ترتيب أثر العقد، وعلى هذا فإن مفهوم المسؤولية العقدية في الشريعة الإسلامية أعم منه في الأنظمة الوضعية إذ يشمل الالتزام وأثر عدم تنفيذ الالتزام.

أولاً: المسؤولية بمعنى الالتزام أو أثر العقد:

١ - قد يكون الضمان أو المسؤولية أثراً للعقد، كما في عقد الكفالة، فعقد الكفالة أياً كان تصويره<sup>(٩٦)</sup>، له حكم أساسي يتمثل في وجود التزام بالضمان على عاتق الكفيل، فالكفيل يلتزم بضمان المكفول، بحيث أنه إذا لم ينفذ المكفول التزاماته، نفذه الكفيل<sup>(٩٧)</sup>، فتشغل ذمة الكفيل ليس فقط بمجرد الضمان، أي ضمان الالتزام، بل أيضاً بأداء هذا الالتزام، سواء تعلق الأمر بأداء دين، أم تعلق المكفول به بأداء عمل أو فعل، كما هو الشأن في حالة الكفالة المنصرفة إلى تسليم الأعيان للمكفول تسليمها.

(٩٦) للرجع السابق ص ٦١٤.

(٩٧) للرجع السابق ص ٦٢٥ بالنسبة لحالة وجود كفيلين.



- وإذا تعلق الأمر بضمان تسليم أعيان، فإن هذه الأعيان، قد تكون في يد ضمان وقد تكون في يد أمانة:

#### فيد الضمان:

هي من حيث الأصل يد اعتداء على العين، كأن يضع شخص يده على عين بلا إذن من مالكها ولا إذن من الشارع، على نحو يحول بين المالك وما يملك كلية، أو يمنعه من الانتفاع بما يملك على الوجه الذي يرضيه، وكل يد تحل محل اليد المعتدية تعتبر بدورها يد ضمان، كما تعتبر يد ضمان كل يد تستند إلى إذن شرعي، ولكن قام الدليل على تضمين ذي اليد عليها، وكل يد تبقى على العين بعد زوال حالة الضرورة التي أعوزت إليها، وكذلك اليد التي توضع على العين بإذن من صاحب المال لمصلحة واضع اليد، أو لمصلحة مشتركة بين صاحب اليد وصاحب المال وكانت مصلحة صاحب اليد أرجح. فهذه اليد تضمن ما يلحق المال من ضرر سواء كان واضع اليد هو الذي أحدث التلف، أم كان الضرر بسبب لا قبل لصاحب اليد به، كالسبب السبائي، أو ما يسمى بالقوة القاهرة وما إليها، أو كان مترتباً على فعل شخص أجنبي، فهنا تظل يد الضمان مسئولة عن مثل العين أو قيمتها بحسب الأحوال.

#### وأما يد الأمانة:

فهي كل يد تستند في حيازتها للشيء إلى ولاية شرعية دون أن يكون هناك دليل يقضي بتضمين صاحبها، وهذه اليد قد تستند إلى عقد كيد البائع على المبيع قبل تسليمه إلى المشتري، وقد تستند إلى أثر العقد ومقتضاه كيد المستعير على العارية عند الشافعية والحنابلة خلافاً للحنفية، وكيد الوكيل بالقبض، والشريك، والمضارب، وقابض المال لحفظه. والحكم في حال يد الأمانة أنه لا ضمان على ذي اليد عند تلف المال تحت هذه اليد، إلا إذا ثبت تقصيره في حفظه أو تعديه عليه.

٢ - وقد لا يكون الضمان أو المسؤولية أثراً مقصوداً إصالة من العقد وإنما أثراً لازماً لحكم العقد، كما هو الشأن في عقد البيع؛ فمقصود عقد البيع شرعاً هو إفادة

ملك الثمن والمثمنون أي المبيع ، وهذا يستلزم بحكم اللزوم الشرعي والعقلي ، قيام البائع بتسليم المبيع إلى المشتري ، وإلا انشغلت ذمته بأداء المبيع أي تسليمه .

٣ - كما قد يكون الضمان أو المسؤولية في العقود أثراً لشرط صحيح مفيد ، أو أثراً لحكم العرف

أ - فالضمان أو المسؤولية يجوز أن يكون أثراً لشرط صحيح مفيد ، سواء تعلق الأمر بضمان مال أم بضمان فعل ، فمن قبيل ضمان المال إعمالاً لشرط صحيح مفيد ، ضمان الدرك عند جمهور فقهاء الشريعة القراء<sup>(٩٨)</sup> ، ذلك أنه إذا استحق المبيع انشغلت ذمة الضامن بشئ ، فإن امتنع أجبره القضاء على الوفاء بالثمن ، وإن اقتضي الأمر التنفيذ عليه<sup>(٩٩)</sup> ، ما لم يكن معسراً ، ففي هذه الحالة يمكن أن ينظر إلى مسرة<sup>(١٠٠)</sup> ولا يلتزم بأداء أي وتعويض جزاء تأخير الوفاء ، وإن ترتب على ذلك ضرر بالدائن<sup>(١٠١)</sup> على ما يرد لاحقاً . ومن قبيل ضمان الفعل ، أن الأجير إذا التزم بالعمل فامتنع عنه أجبر عليه مع تعزيره لقاء ظلمه ، ولا يلزم شرعاً بأيّ تعويض عن الضرر الذي يترتب على تأخيره في الوفاء ، لكن إذا ترتب على امتناع الأجير عن العمل تلف مال لمن استأجره ، فإن الأجير يلزم بأداء قيمة ما تلف لتسبيه في التلف حتى وإن

(٩٨) انظر أسئلة متعددة في مجموع فتاوي شيخ الإسلام ابن تيمية ج ٢ ص ٣١٧ - ٣٣٦ ، وكشف القناع عن من الإنعاق للشيخ منصور البهوتي ، مكتبة النصر الحنفية ج ٢ ص ٢٣٦ وما بعدها ؛ نالمة المحتاج إلى شرح المنهاج لشمس الدين محمد بن أبي العباس الرملي ١٣٨٩ هـ مطبعة الحلبي ج ٥ ص ١٤١ ، حاشية ابن عابدين (رد المحتار على الدر المختار) لمحمد أمين ط ٢ (١٣٨٦ هـ) م الحلبي ج ٣ ص ٣٤٨ .

(٩٩) فويقل الضمان إلى للمشتري ينسكتة من القبط ، انظر علاء الدين أبي الحسن علي بن محمد بن عباس الجبل الدمشقي ، الاختيارات الفقهية من فتاوي شيخ الإسلام ابن تيمية ، ص ٢٢٤ .

(١٠٠) عبد القادر المنار ، الأجل في الالتزام ط ٢ ص ٩٠ وما بعدها ؛ تفسير آيات الأحكام للشيخ محمد حل السليبي ط ١ ص ٦٨ وما بعدها .

(١٠١) الشيخ علي الخفيف ، المراجع السابق ص ١٧ .

كان ذلك ليس من قبيل ضمان العقد<sup>(١٠٢)</sup>، لأن ضمان العقد يجب أن يكون منصوباً عليه فيه، وهذا ليس منه، بل للتعويض أساس آخر هو التسبب.

وسند الضمان المبني على شرط صحيح مفيد<sup>(١٠٣)</sup>، أن الشرط ملزم<sup>(١٠٤)</sup>، وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «المؤمنون على شروطهم، إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً». فالشرط يصلح سنداً لأنه صحيح<sup>(١٠٥)</sup> والشرط الصحيح الذي يصح معه العقد الذي اشترط فيه الضمان، هو شرط يقتضيه العقد كشرط تمليك المبيع أو شرط يلائم العقد، كشرط الحصول على رهن بدل الثمن، أو شرط يجري به التعامل، كاشتراط أن يصلح البائع المبيع، وكل ذلك بعكس الشرط الفاسد الذي إما أن يفسد العقد معه، وإما أن يلغو فيه وحده، دون أن يفسد العقد. والشرط الفاسد الذي يفسد العقد يجب أن يرد في عقد من عقود مبادلة مال بمال، كالبيع، فإن ورد في عقد فيه مبادلة مال بغير مال كما في عقد النكاح فإن العقد يصح ويلغو الشرط، كذلك يلغو الشرط وحده ويصح العقد، إذا كان العقد من التبرعات كالهبة، أو من التقييدات كعزل الوكيل، أو من محض الإسقاطات كالطلاق، أو من الإطلاقات كما في حالة الإذن للصبي بالتجارة، وكذلك يسقط الشرط وحده في عقود الإقالة والرهن والحوالة، والكفالة والوكالة والوصية والإيضاء<sup>(١٠٦)</sup>.

كذلك يسقط الشرط وحده دون العقد إذا كان لا يلائم مقتضى العقد ولا منفعة فيه لأحد ولم يجر التعامل به، كما في حالة بيع حيوان مع اشتراط عدم بيعه<sup>(١٠٧)</sup>.

- 
- (١٠٢) كشف الغطاء، المرجع السابق ج ٢ ص ٣٠٠؛ محمد شتا أبوسعدي شرح قانون أصول الأحكام القضائية الإسلامية السوداني، مطبعة ج القاهرة ١٩٨٤ ص ١١٢ وستقبل التشريع الإسلامي ١٩٨٦ ج ٣ ص ٥٠.
- (١٠٣) التفاصيل في مجموع فتاوي شيخ الإسلام ابن تيمية ج ٢٩ ص ٣٤٦.
- (١٠٤) للمرجع السابق ج ١١ ص ٨٩ - ٩٠.
- (١٠٥) د. حسين الشاذلي، الشرط في العقد، رسالة الأزهر، غير مطبوعة ص ٣٠ وما بعدها؛ زكي الدين شعبان، الشروط المقررة بالعقد، رسالة الأزهر (١٩٤٥م) مخطوطة بمكتبة كلية الشريعة والقانون ص ٢ وما بعدها، رسالتنا في الشرط ص ١٨٠ وما بعدها وص ٥٠٠ وما بعدها في الخلاصة.
- (١٠٦) انظر المواد ٣٢٤ - ٣٢٦ من مرشد الخيران.
- (١٠٧) ١ - د. عبدالرزاق السنهوري، مصادر الحق، ج ٣ مطبعة دار الفنا ١٩٥٦ ص ١٣٢.

إنما يلاحظ أن ما تقدم هو مسلك المذهب الحنفي، أما عند المالكية، وفي مذهب الإمام أحمد فإن الإمام ابن تيمية يقول «وأصول أحمد رضي الله عنه المنصوصة بحري أكثرها على هذا القول - أي تصحيح الشروط - ومالك قريب منه، ولكن أحمد أكثر تصحيحاً للشروط، فليس في الفقهاء الأربعة أكثر تصحيحاً للشروط منه». (١٠٨) ويلاحظ أن الإمام ابن تيمية لا يقول بفساد الشرط إلا إذا نافي مقصود العقد أو ناقض الشرع.

ب - والضمان - أو المسؤولية - يجوز أن يكون أثراً لحكم العرف، فما جرى العرف على أن يضمنه أحد المتعاقدين، فلا مناص من إعماله والأخذ به. والقاعدة أن التعيين بالعرف كالتعيين بالنص، ولما كان أغلب المتعاملين في زماننا إما من البسطاء، وإما من رجال الأعمال الذين لا يجدون وقتاً للتفكير في أحكام الأعراف، فقد غصت المحاكم بكثير من قضايا المسؤولية أو الضمان العقدي، ويتم الاستناد عادة إلى العرف أو العادة، فإن ذلك، فضلاً عن الضرورات العلمية يستلزم إشارة موجزة إلى بعض القواعد في هذا الصدد.

فقياً يتعلق بقاعدة التعيين بالعرف كالتعيين بالنص الواردة في المادة ٤٥ من مجلة الأحكام العدلية، فإن الفقه يقرر أن هذه القاعدة وأمثالها<sup>(١٠٩)</sup>، تعبر عن سلطان العرف العملي، وأنه لا مانع، في إطار ذلك من التخصيص ليقال إن المعروف بين التجار كالمشروط بينهم، حيث يعتبر العرف الخاص بين التجار والصناع في بلد معين، ويكون لهذا العرف نفس ما للعرف العام من آثار، ولكن بين متعارفيه دون غيرهم.

ولما كانت الأعراف مما يمكن أن تتغير بتغير الأوقات، فقد صيغت قاعدة شرعية تقضي بأنه لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان، ولكن ذلك منوط بعدم مخالفة نص قرآني أو حديث نبوي.

(١٠٨) انظر محمد وحيد الدين سوار، الشكل في الفقه الإسلامي، الرياض ١٤٠٥ هـ ص ١٨٣.

(١٠٩) الأستاذ مصطفى أحمد الزرقا، الفقه الإسلامي في ثوبه الجليل ج ٢، المدخل الفقهي العام، ط ٢ دمشق

بند ٦١٣ ص ٩٩٥.

وفي هذا الصدد فإن هذه القاعدة الواردة في المادة ٣٩ من مجلة الأحكام العدلية، لا يمكن إعمالها إلا بصدد المسائل أو الأحكام التي يجوز فيها الاجتهاد، والتي يمكن أن يلحقها التعديل أو التبديل تبعاً لظروف كل عصر، أما الأحكام القطعية، وما لا يجوزم الاجتهاد فيه، فإنها أحكام أبدية باقية لا تتغير ولا تتبدل معها تقادم الزمن وتوالى الأحقاب. وفي هذا الإطار ينبغي فهم ما قاله القرافي من «أن الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت، وتبطل معها إذا بطلت...»<sup>(١١٠)</sup>. فالعرف دليل احتياطي، والقضاة لا يمكنهم إعماله في مورد النصوص التي لا مسأغ للاجتهاد فيها، وإنما يعتد بالعرف وفي غير موضع النص<sup>(١١١)</sup> كذلك فإنه لا يؤخذ بالمادة إلا إذا كانت مضطردة أو غالبة، وهذا - وليس أكثر منه - هو معنى قول الإمام الشافعي «إن كل ما يتضح فيه اطراد العادة فهو المحكم»<sup>(١١٢)</sup>.

### ثانياً: المسؤولية بمعنى الإخلال بالالتزام أو بآثر العقد:

وإذا صح اعتبار الضمان - أو المسؤولية - بمعنى الالتزام أو أثر العقد، فإنه يصح من باب أولى، أن يطلق اصطلاح الضمان أو المسؤولية العقدية بمعنى الإخلال بالالتزام العقدي أو بآثر العقد، وذلك أنه إذا كان الالتزام ضماناً مرتباً للمسؤولية، فإن أي إخلال بهذا الالتزام، سواء كان كلياً، أم جزئياً، يعتبر أساساً لانشغال الذمة، أي أساساً للمسؤولية العقدية.

ولكن يلاحظ في إطار ضمان العقد، أو المسؤولية العقدية، وعلى خلاف ضمان الإتلاف، أو الفعل الضار، أو المسؤولية التقصيرية عموماً، أن «ضمان العقد في نظر

(١١٠) الفرق للقرافي ج ١ (١٣٤٤هـ طبعة دار إحياء الكتب العربية) ص ١٧٦، ١٧٧.

(١١١) الشيخ محمد أبو زهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربي ١٣٧٧هـ ص ٢٧٣؛ عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه بغداد ط ٣ (١٣٨٧هـ) ص ٢١٨؛ منير القاضي، شرح للمجلة، ج ١ ص ٩٤ وما بعدها د. محمد السعيد عيبريه، بحوث في الأدلة المختلف فيها عند الأصوليين، ط ١ القاهرة ص ١٩١ وما بعدها د. محمد عبد الجواد محمد، بحوث في الشريعة الإسلامية والقانون للقرآن، الطبعة الأولى بند ٣٤ ص ١٥٠.

(١١٢) الأشباه والنظائر في قواعد وفروع الشافعية للإمام جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، طبعة الحلبي ص ١٠١.

الفقهاء لا يكون إلا فيما نُصَّ عليه في العقد كالمبيع في عقد البيع، والتمن إذا كان عينا، والأجرة في عقد الإجارة إذا كانت عينا معينة، وبذلك الصلح إذا كان عينا كذلك<sup>(١١٣)</sup>. وهكذا فمن وجب عليه بالعقد تسليمها، ثم تلفت قبل تسليمها، فإن ضاها، أو المسئولية عنها، يصبح أمراً مفروضاً في جانبها<sup>(١١٤)</sup>. ويتركز الضمان في هذه الحالة في الزام الضامن أو المسئول، بأداء البذل الذي يستلزمه العقد، فالعبرة بأداء البذل بصرف النظر عن القيمة في حد ذاتها.

١ - فإذا تعلق الأمر بمبيع فإن هلاكه في يد البائع يكون مضموناً بالتمن وحده، وبإهلاك يطل العقد، أي يصبح البيع كأن لم يكن، وهذه صياغة إسلامية دقيقة؛ ولازم ذلك أن البائع يلزم برد الثمن إن كان قد نقضاه، ولا يمكن إجبار المشتري بالوفاء به إن لم يكن قد أداه. وإذا كان الثمن عينا وهلك سري نفس الحكم بالنسبة للمتمن، فكلاهما في التصور الفقهي الإسلامي مبيع، ولا اعتبار في هذه الحالة، كذلك، لمسألة التفاوت بين البذلين.

مفاد ما تقدم في مثال عقد البيع، أن البيع الصحيح، يربط أثرهما، هو التزام البائع بضمان المبيع، فإذا هلك في يده، قبل أن يقوم بتسليمه إلى المشتري، فإن الثمن يسقط عن المشتري، فلا يلزم بأدائه إن لم يكن قد أداه، وله أن يستأديه إن كان قد وفاه<sup>(١١٥)</sup>.

٢ - وإذا تعلق الأمر بعقد إجارة، فإن هذا العقد يفيد ملك المستأجر منفعة العين المستأجرة، مقابل عوض يؤديه إلى المؤجر. ومن لازم ذلك أنه:

أ - إذا كان المستأجر عينا: حق للمستأجر مطالبة المؤجر بتسليمه العين لاستيفاء المنفعة منها، ووجب على المؤجر تسليمها له، فإذا تسلمها المستأجر كانت يده عليها يد أمانة، فإذا تجاوز حقه أو ما ألزمته به شروط العقد أو العرف تحولت يده إلى يد ضمان، فإن تلفت ضمن قيمتها أو مثراها. وبالمقابل يلتزم المستأجر بالأجرة، ويلتزم

(١١٣) الشيخ هل الخفيف، المرجع السابق ص ١٩.

(١١٤) السيوطي، المرجع السابق ص ٢٧٧.

(١١٥) الشيخ هل الخفيف، المرجع السابق ص ٢١ وما بعده والمراجع الي أشار إليها.

بمجرد بادائها، باستيفاء المنفعة عند الحنفية، وبمجرد العقد عند الشافعية، وفي الأمر تفصيل ليس هذا العرض محدّد الهدف بجأله.

ب - وإذا كان المستأجر لجيراً: فإنه يلزم بأداء ما استؤجر عليه، بنفسه، أداء فعلياً متقناً، ومن لوازم ذلك تنفيذ الأوامر المشروعة لصاحب العمل، وعدم ارتكاب أيّ تقصير، أو إفشاء أسرار العمل، مع ضمان ما يتلف؛ هذا إذا كان الأجير خاصاً، أما الأجير المشترك الذي يعمل لعامة الناس، فإنه إذا لم يُشترط عليه أداء العمل بنفسه حق له إنهاء نفسه أو غيره، لأن التعاقد معه يكون على العمل لا على شخصه وعمله بيده. كما يلتزم صاحب العمل بأداء الأجرة، قال تعالى:

﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾ [الطلاق: من الآية: ٦].

وقال صلى الله عليه وسلم «اعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه». (١) أما التزام العامل بأداء عمله فأساسه قوله تعالى:

﴿ وَقُلْ أَعْمَلُوا فَسِرَّيْكُمْ اللَّهُ عَمَلَكُمْ وَرَسُولُهُ مَوْلَاؤُمُؤْمِنُونَ ﴾ [التوبة: ١٠٥].

وهكذا فالضمان يجب أو المسؤولية تنعقد، بمعناها المتقدم، في كافة عقود الضمان، دون عقود الأمانات، والقاعدة العامة في هذا الصدد أن ما يجب الضمان في صحيحه يجب الضمان في فاسده.

لاحظنا إذن أن المسؤولية العقدية لها معنى خاص في عقود الضمان وحدها، وهو الالتزام بأداء ما التزم الشخص بأدائه، على أنه إذا لم يؤد الملتزم التزامه سقط الالتزام المقابل فلا يؤدي ويسترد إن كان قد تم أدائه.

وهذا المعنى الدقيق لا يحول، دون إمكان التعويض، عن عدم التنفيذ، في كافة العقود، إذا كان عدم التنفيذ يمثل خطأ، يلحق ضرراً بالتعاقد الآخر، ويشترط أن

---

(١١٦) انظر شرحاً وتحليلاً للحدث في مؤلفنا. مستقبل التشريع الإسلامي ج ٣ ص ٤٥ وانظر نيل الاوطار للشوكاني ١٣٥٧هـ ج ٥ ص ٢٩٥ وما بعدها وعرضه لحديث أبي هريرة . . . ومن كنت خصيصة خصمته . . . الذي رواه الإمام أحمد والبخاري وانظر د. شرف بن علي الشريف، الاجارة الولودة على عمل الإنسان ١٤٠٠هـ ص ٢٣٧ وما بعدها.

يرتبط الخطأ بالضرر ارتباط عِلِّيَّ بحيث يقال إنه لولا الخطأ لما كان الضرر، أو إذا ترتب على عدم التنفيذ ضرر للمتعاقد الآخر تقضي قواعد العدالة الإسلامية بجبره، وبشرط ألا يترتب على ذلك أكل لأموال الناس بالباطل، وبهذا يمكن إعمال حديث «لا ضرر ولا ضرار» اعمالاً موسعاً مُطرداً، في إطار قاعدة العدالة الإسلامية الكبرى الواردة في قوله تعالى:

﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾<sup>(١١٧)</sup> [البقرة: من الآية ١٨٨] وهذه الآية بدون الواو جزء من الآية ٣٤ من سورة النساء وفي هذا سبقت الشريعة الإسلامية كافة الأنظمة الوضعية التي أعملت هذا المفهوم عقلاً لا نقلاً.

---

(١١٧) انظر تفسير آيات الأحكام للشيخ محمد علي السبسي ط ١ (الأرض) ج ٢ ص ٨٦.



## المطلب الثاني تعريف المسئولية التقصيرية في فقه الشريعة الإسلامية

حتى يمكن استخلاص تعريف سائغ للمسئولية التقصيرية في فقه الشريعة الإسلامية، يلزم بداءة الوقوف على أهم الأفكار الإسلامية الكبرى التي تلقي الضوء على أبعاد هذا التعريف وهي :

أولاً : إن الضرر هو أساس الضمان أو المسئولية التقصيرية في فقه الشريعة الإسلامية :

١ - ليس هناك وضوح في تأكيد هذه الحقيقة، أبلغ من قول رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا ضرر ولا ضرار »<sup>(١١٨)</sup> فهذا الحديث الشريف يعني من بين ما يعني أنه :  
(١) لا يجوز لأحد أن يضر غيره، سواء عاد عليه نفع من جراء أحداث هذا الضرر أم لا .

(٢) ولا يجوز لأحد أن يقوم بأي فعل، سواء كان هذا الفعل مقصوداً أم غير مقصود، إذا كان من شأن ذلك إلحاق ضرر بالغير، ولذا فإن هذا الحديث يمنع أصل الخطأ الذي يترتب عليه الضرر، كما يمنع الإهمال الذي يترتب عليه الضرر، كما يمنع التعدي الذي يترتب عليه الضرر، كما يمنع وينبغي أصل الضرر في حد ذاته، حتى وإن كان ناشئاً عن غير فعل صار، أو عن

---

(١١٨) انظر نيل الأوطار للشوكاني، الجزء الخامس (الترم حثان خليفة) الطبعة الأولى، الطبعة الثانية مصر ١٣٥٧ هـ ص ٢٥٩ وما بعدها.

فعل مشروع، فالضرر محظور سواء وقع بطريق المباشرة أو التسبب أو بيا دون ذلك أو أكثر منه من الأعمال.

٣) وعليه فيجوز أن يكون هذا الحديث أصلاً لنفي أي ضرر، يترتب على أي فعل، مهما كان ذلك الفعل جائزاً أو مشروعاً في ذاته، طالما ترتب عليه ضرر للغير.<sup>(١١٩)</sup>

وهذه المعاني تفهم من الوضع الصحيح للغة ومن أقوال الأصوليين؛ فاللغويون يذهبون إلى أن الضرر هو ما كان ضد النفع، ويقولون أن الضرر هو فعل الشخص الواحد، كأن يضر الرجل أخاه على أي وجه، والضرار هو فعل الإثنين معاً، فيقوم الرجل بالإضرار بصاحبه ويقوم صاحبه بالإضرار به.<sup>(١٢٠)</sup> والأصوليون يقولون إن الضرر هو الابتداء، ويعني الإضرار بالغير مع انتفاع من قام بالإضرار، أما الضرر فهو الجزاء على الضرر، حيث يضر الإنسان غيره دون أن يتنفع لمجرد الرد على الضرر الذي لحقه به الغير.<sup>(١٢١)</sup> بل لقد أكد ذلك الوعيد الوارد في السنة لمن ضار غيره، حيث قال صلى الله عليه وسلم «من ضار أضر الله به، ومن شاق شاق الله عليه»،<sup>(١٢٢)</sup> وما أثر من فقه الصحابة يؤكد بدوره وجوب منع صاحب الحق من أن يتسبب باستعماله إياه في إلحاق الضرر بمن سواه<sup>(١٢٣)</sup>، فالشرعية، تمنع الضرر، بكافة الطرق، حتى وإن كان ذلك بتقييد الحقوق الخاصة للإنسان، فلا يجوز له أن يضر غيره، وهو

(١١٩) انظر فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده بين الشريعة والقانون ط ١ بيروت ص ٣٤٩؛ حسين عامر، التصف في استعمال الحقوق وإلغاء العقود ط ١ مطبعة مصر ١٣٧٩هـ بند ٤٣ ص ٢٦ وما بعدها؛ محمد شوقي السيد، التصف في استعمال الحق، مصر ١٩٧٩ بند ٢٥٧ ص ٢٥٦.  
(١٢٠) انظر لفوقاً: لسان العرب ج ٦ ص ١٥٣؛ وانظر النهاية لابن الأثير ج ٣ ص ١١٦؛ فتحي الدريني، الرسالة السابقة ص ٣٤٥.

(١٢١) د. محمد شتا أوسعد، مستقبل التشريع الإسلامي، ج ٣، ط ١ ديسمبر ١٩٨٦ القاهرة (مطابع النشر العربي) ص ٥ في عرض مسلك الأصوليين موجزاً.

(١٢٢) المرجع السابق ص ٦ وما بعدها وص ٣٧ وما بعدها.

(١٢٣) - انظر المادة ٣١ من مجلة الأحكام المدلية التي أخذ بها قانون للمعاملات المدنية الإسلامي السوداني وانظر مؤلفنا، شرح قانون أصول الأحكام القضائية الإسلامي السوداني ط ١ (١٤٠٤هـ) مصر ص ٢٢٥-٢٢٦.

يستعمل هذه الحقوق، وهي لا تحول دون وقوع الضرر الراجح فقط، بل تمنع الضرر الظني، وهذا دور وقائي لا يمكن أن يقوم به أي نظام وضعي، وتلك مسألة أخرى تؤكد مدى سمو التشريع الإسلامي تبعاً لسمو مصدره، وشرف البحث فيه.

٢ - ولأن الشريعة، على خلاف الأنظمة الوضعية حتى ما كان منها أكثر حداثة، تنفي مطلق الضرر، فإنها اشتملت في فقهها على قواعد كثيرة تؤكد هذا المضمون ومنها قاعدة أن الضرر يدفع بقدر الإمكان. وهي قاعدة تناسس على الحديث المشار إليه ولا ضرر ولا ضرار.

وفى ما يتعلق بدفع الضرر فإنه قد يكون قبل وقوعه، وقد يكون بعد وقوعه، وذلك بإزالته ولكن ليس بضرر مثله، وهكذا يمكن في الشريعة الغراء دفع الضرر الواقع حالاً ودفع الضرر المتوقع مآلاً، وذلك بقدر الإمكان.

- فإذا كان الضرر حالاً، أي وقع فعلاً، فإنه يجب دفع هذا الضرر بقدر الإمكان، أي إزالته، وقد تكون إزالته بإزالة الأسباب التي أفضت إلى وجوده، أو كانت أساساً لحدوثه، فإذا أزيلت هذه الأسباب، فقد تأكد عدم استمرار الضرر بعد ذلك، وربما تكون إزالة الأسباب المؤدية إلى الضرر غير كافية لإزالته، إذا كان الضرر قد تحقق فعلاً، وعندئذ يحق لمن أضر، أن يطلب من القاضي، أن يحكم له بالتعويض أو الضمان، على من انعقدت مسئوليته عن الضرر، سواء كان مباشراً له، أو متسبباً فيه وثبت تعديده، فتحقق وجوب التعويض في حقه اثباتاً من الحديث الشريف ولا ضرر ولا ضرار<sup>(١٢٤)</sup> يستوي في هذا الصدد، أن يكون قصد الشخص قد انصرف إلى الأضرار بغيره تمحضاً، أو كان لا يهدف إلى الأضرار به، ومع ذلك ألحق الضرر بغيره.<sup>(١٢٥)</sup>

- وإذا كان الضرر متوقعاً مآلاً، فإنه يلزم دفعه كذلك، ويكون الضرر متوقعاً مآلاً،

(١٢٤) انظر الأم للإمام الشافعي (رواية الربيع سليمان المرادي عنه) ط ١ مصر ١٣٢١هـ ص ٢٢٢ والمواقفات في أصول الشريعة للشاطبي، شرح عباد الله دوائر، مطبعة الشرق الأدنى مصر ج ٢ ص ٣٤٨ وما بعدها.

(١٢٥) ابن رجب، جامع العلوم والحكم (لزين الدين أبي الفرج عبدالرحمن شهاب الدين بن حمد بن رجب الحنبلي البغدادي ط ٢، الحلبي ١٣٦٩هـ ص ٢٦٧ وما بعدها).

إذا لم يكن قد وقع بعد، ولكن كافة الظروف والملابسات المحيطة تشير إلى أنه سيقع حتماً، فإذا كان الضرر سيقع حتماً فإن دفعه يكون حقاً، لمن سيحل به ذلك الضرر، ويدفع الضرر في هذه الحالة أيضاً بقدر الإمكان، ولعل هذا هو أحد جوانب تبرير الدفاع المشروع.

ودفع الضرر المتوقع مآلاً، ليس أمراً مسلماً به فقهاً، فقط، بل إنه يصلح سنداً لقيام مباديء أصولية عليه، مثل سد الذرائع؛ ذلك أن مبدأ سد الذرائع، مبدأ مستقر من الناحية الفقهية، وتوسع في تطبيقه فقه الحنابلة والمالكية، تأسيساً على ضرورة دفع الضرر، وتحقيقاً لمبدأ المصالح الذي قامت عليه الشريعة الغراء<sup>(١٢٦)</sup>، فالمصلحة تقف من وراء فكرة دفع الضرر، واقعا كان أم متوقعا، طالما كان الضرر محتم الوقوع، وفقاً للمجرى العادي للأمور، فالأمر يقاس إذن بمعيار إسلامي موضوعي لا شخصي.

وعلى ذلك فإن الضرر إذا كان سيقع، فإن وقوعه يكون ضد المصلحة، أي أنه يعتبر مفسدة، ويلزم منعها، فالذريعة إذا كانت مفسدة يلزم سدها،<sup>(١٢٧)</sup> ومثال ذلك من يحفر بئراً في السبيل التي يسلكها المسلمون، فإن هذا الفعل منه، يعتبر وسيلة لإهلاك المسلمين، وكمن يلقي السم في طعام الناس، فإن هذا العمل يضر بهم لا محالة، وإن الذرائع ها هنا مفسد، وتفضي لا محالة إلى مفسد، ولذا يلزم سد هذه الذرائع.<sup>(١٢٨)</sup> ومثال ذلك أيضاً ما يحدث الآن من قيام غير المتخصصين في الشريعة

---

(١٢٦) يقول شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله في مجموع فتاواه ج ٣٠ ط بدون تلخيص «ومعلوم أن الشريعة جاءت بتحصيل المصالح وتكميلها، وتعميل المقاصد وتقليلها...». وانظر «يوسف العالم، الأهداف العامة للتشريع الإسلامي، رسالة الأزهر، لم تطبع ص ٣٠ وما بعدها؛ د. محمد سعيد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية دمشق ١٣٨٦ هـ ص ٢٧٦؛ حلال القلمي، مقاصد الشريعة الإسلامية، مكتبة للوحدة بالرباط ص ٢٠ وما بعدها؛ د. مصطفى زيد، المصلحة في التشريع الإسلامي، دار الفكر العربي ط ٢ ص ٦٠ وما بعدها؛ عبد الوهاب خلاف مصادر التشريع مرتبة... مجلة القانون والاقتصاد ص ١٥ مستخرج ص ٩ وما بعدها.

(١٢٧) محمد شتا أبوسعاد، مستقبل التشريع الإسلامي ج ٣ مرجع سابق ص ٧.

(١٢٨) فتحي الدبري، المرجع السابق ص ٣٥٢.

الغراء، بفتح أبواب جدل محسوم، فهذا يوقع الضرر حتيا بجموع المسلمين وليس بأحاديهم فقط، فالقاعدة إذن أن كل توسل بمصلحة أو بيا دونها بما يفضي إلى مفسدة، يعد ذريعة يلزم سدها، لأن الضرر يجب أن يدفع، بقدر الإمكان.

٣- وهكذا جعل الفقه الإسلامي رفع الضرر، واجبا، بقدر الإمكان، بمعنى أنه كلما كان رفع الضرر ممكناً، وجب رفع هذا الضرر، دون قياس ذلك بشخص معين، وإنما يرتبط الأمر بإطلاق الإمكان، فلا شك أنه إذا كان الضرر واقعاً، أو على وشك أن يقع حالاً، على شخص ما، وتوافرت له شروط الدفاع الشرعي<sup>(١٣٩)</sup>، أمكن له أن يدفع الضرر عن نفسه، كلما كان ذلك ممكناً، ودون تجاوز حدود الحق، وعندئذ لا تتعقد مسئوليته، أي لا تنشغل ذمته بأي تعويض. وإذا كان الضرر قد وقع فعلاً، فإنه لا يجوز لإنسان أن يقيم العدالة لنفسه، وإنما عليه أن يتداعى أمام القضاء ليحكم على المباشر أو المتسبب بالضيان، أي التعويض، إذا توافرت عناصر الضياع قبله، فالضرر لا يزال بمثله.

٤- ولما كانت الشريعة الغراء تحمي مصالح العباد المتعلقة بدينهم ودنياهم، وتنص في قواعدها الكلية على دفع الضرر بقدر الإمكان، امتثالاً لقوله صلى الله عليه وسلم «لا ضرر ولا ضرار»، فإنها أكدت أيضاً ضرورة إزالة الضرر ولكن ليس بضرر مثله، إذ الضرر لا يزال. بمثله؛ فالشريعة رحمة وعدل، ومن عدلها أنها جعلت الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف، سواء تعلق الأمر بتعارض فيما بين الحقوق الخاصة، أو بتعارض بين الحق الفردي والمصلحة العامة، حيث يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام ويختار أهون الشرين<sup>(١٤٠)</sup>.

ويلاحظ في هذا الصدد أن معيار دفع الضرر الأشد بالضرر الأخف هو معيار

---

(١٣٩) يوسف قاسم، نظرية الدفاع الشرعي في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي ١٣٩٩هـ.

بند ١٥٨ ص ٥٥.

(١٤٠) انظر المادتين ٢٦، ٢٩ من مجلة الأحكام العدلية؛ د. صبحي المحمصاني، النظرية العامة للمسؤوليات والمقود

في الشريعة الإسلامية ج ١ ط ٢ (١٩٧٢م) ص ٢١٤.

مادي، أسامه أن من يرتجي نفعاً، من تصرف، يقره الشرع ويأذن فيه، يجب عليه أن يضحي بهذا النفع، إذا كان سيقرب عليه ضرر أكبر، يحل به أو بغيره، فهذا المعيار لا يعتمد بالبوأث الخاصة، فهو كما تقدم ليس معياراً ذاتياً وإنما هو معيار مادي، بحث، يوازن القاضي في ضوءه، بين حَجْمَيِّ ومقداري الضرر، ويضحي بالضرر الأشد عن طريق دفعه بالضرر الأخف وعلى ذلك، فانه إذا كان الضرر أخف إذا ما قيس بالنفع، فإنه لا يجوز منع الشخص من التصرف، وكذلك الحال عند تماثل الضرر اللازم مع النفع، لأن الضرر لا يزال بمثله، أما إذا كان الضرر اللازم أشد، تعين دفع هذا الضرر وذلك بمنع المتصرف، حتى وإن ترتب على هذا المنع ضرر، لانه في هذه الحالة يكون أخف.<sup>(١٣١)</sup>

ولذا فإنه لا يصح لأحد في الحصول على منفعة، من جراء فعل، إذا كان هذا الفعل يجبرُ ضرراً أكبر من هذه المنفعة للشخص ذاته، أو لأحد آخر سواه، ولهذا أمر النبي صلى الله عليه وسلم بخلع نخلة سمرة<sup>(١٣٢)</sup> من بستان جاره، لأن بقاءها أشد ضرراً من قلعها، وهذا مثال واضح لحسم التعارض بين حقين خاصين<sup>(١٣٣)</sup>

وكمثال لحسم التعارض بين ضرر خاص وضرر عام بمقتضي قاعدة تحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام، فإن مصلحة المسلمين ككل، أولى من مصلحة الأفراد كأفراد، لذا يجب الحيلولة دون المغالاة في الأسعار، في حالة واحدة هي حالة ما إذا كانت هذه المغالاة تخفي احتكاراً لقوت المسلمين، كما يلزم الحجر على الطبيب الجاهل والمكاري المفسد صيانة للمصلحة العامة ودفعاً للضرر العام عن الناس في أمور دينهم وفي أنفسهم وأموالهم، وما تتحقق به هذه المصلحة العامة أيضاً منع تجار

(١٣١) فتحي الدررقي، الرسالة السابقة، ص ٤٥٩.

(١٣٢) يقول ابن القيم في الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية، مطبعة السنة المحمدية ١٣٧٢هـ - مصر ص ٢٦٤  
 وضرر صاحب الأرض يتفاتها في بستانه أعظم، فإن الشراخ الحكيم يدفع أعظم الضررين بأبهرهما، فهذا هو الفقه والقياس والمصلحة، وإن أباه من أباه.

(١٣٣) انظر أمثلة أخرى في مقدمات ابن رشد على المدونة الكبرى للإمام مالك مصر ١٣٢٤هـ (المطبعة الحبرية) ج ٤

الأسلحة من بيعها في أوقات الفتن، وإلزام صاحب الحائط المائل بهدمه، وإلا فإنه يضمن ما يترتب من أضرار على سقوطه من ضرر.<sup>(١٣٦)</sup>

فالقاعدة على ما ورد في الأشياء والنظائر للسيوطي الشافعي، «أن الضرر يزال، ولكن لا بضرر، لأنه لو أزيل بالضرر لما صدق أن (الضرر يزال)»<sup>(١٣٧)</sup> ومن فروع هذه القاعدة، عند الشافعي أن العمارة لا تجب على الشريك (في الجديد)، وأنه لا يجوز إجبار الجار على وضع الجنود، وأن المضطر لا يجوز له أن يأكل طعام مضطر آخر، ولو وقع دينار في محبرة، واستحال اخراجه إلا بكسرها فانها تكسر ويلزم صاحب الدينار بالأرض، إلا إذا كان وقوع الدينار في المحبرة بفعل صاحب المحبرة فلا شيء في هذه الحالة.

ويلاحظ الفقه أن تطبيق هذه القاعدة، يحقق غاية اجتماعية كبرى، لم يكن من الممكن تحقيقها بدونها، وتتمثل هذه الغاية، في أنه كلما لحق الغير ضرر، أياً كان هذا الضرر، من جراء استعمال صاحب الحق حقه، وكان هذا الضرر مساوياً للضرر الناتج من حرمان صاحب الحق من ممارسة حقه. فإنه لا يجوز حرمان صاحب الحق من ممارسة حقه.<sup>(١٣٨)</sup>

ويلاحظ كذلك أنه لا يجوز، في فقه الشريعة الغراء، أن يقابل المتضرر الضرر بمثله تشقياً أو انتقاماً، بل يلزمه مراجعة الحاكم، وطلب إعمال قواعد الضمان، وإزالة ما لحقه من ضرر، وفي هذا المعنى تقول مجلة الأحكام العدلية «ليس للمظلوم أن يظلم آخر بما أنه ظلم، فلو أتلف شخص مال آخر، لا فلا يجوز لهذا الأخير أن يتلف مال الأول، ومن أخذ من غيره دراهم زائفة فليس له، شرعاً، أن يصرفها إلى أحد غيره، وللقاعدة مجال إعمال أيضاً في حالات غصب حيازة الآخرين أو الاعتداء عليها»<sup>(١٣٩)</sup>.

(١٣٦) د. فصي الدبري، المرجع السابق ص ٤٦٢.

(١٣٧) الأشياء والنظائر للسيوطي، مرجع سابق ص ٩٥، ٩٦.

(١٣٨) شوقي السيد، المرجع السابق بند ٢٥٧ ص ٢٥٦.

(١٣٩) محمد شتا أبوسعد، منازعات الحيقة، مجلة القضاة ١٩٨٤م ص ١٤، وانظر اقتراحنا بتطبيق نصوص إسلامية ص ١٣٠ وما بعدها، وقد أخذ للنظم سنة ١٩٨٨/١٩٨٩م باقتراحاتنا عدداً لم يورد المقربات التنزيرية

٤ - ويتأكد مضمون قاعدة أن الضرر أساس الضمان أو المسؤولية في فقه الشريعة  
الغراء من خلال قواعد شرعية أساسية منها:

أ - أنه «على اليد ما أخذت حتى تؤديه» وهذا نص حديث لرسول الله صلى الله عليه وسلم رواه الإمام أحمد في مسنده، وإعمالاً له فإنه يتعين: أولاً: على من قبض ديناً غير مستحق أن يرده إلى الموفي، الذي قام بالوفاء معتقداً على خلاف الحقيقة أنه مدين به.

ثانياً: على ملتقط اللقطة أن يحافظ عليها، وهو لذلك مسئول عنها، فإن لم يظهر لها صاحب في المواعيد الشرعية تصدق بها.

ثالثاً: على المتصالح على بدل، أن يرده إلى صاحبه إذا ثبت أنه لم يكن له حق فيه.

رابعاً: على من مضي زمن طويل والدين في ذمته أو الحق في يده، أن يعي أن مضي الزمن وإن كان مانعاً من سماع الدعوى إلا أنه ليس مانعاً من إعادة الحق إلى ذويه عن رضاً واختيار، فعن الحسن عن سمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال «على اليد ما أخذت حتى تؤديه» رواه الخمسة إلا النسائي. ويقول الشوكاني في شرح هذا الحديث،<sup>(١٣٨)</sup> إن فيه دليلاً على أنه يجب على الإنسان رد ما أخذته يده من مال غيره، بإعارة أو إجارة أو غيرهما إلى مالكه، وبذا استدل من قال أن الوديع والمستعير ضامنان.

ب - أنه «من كسر شيئاً فهو له وعليه مثله»: وهذا نص حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم، في الرواية التي ذكرها ابن أبي حاتم، وقد ورد في فتح الباري بشرح صحيح البخاري،<sup>(١٣٩)</sup> في باب إذا كسر قصعة أو شيئاً لغيره «... عن أنس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم كان عند بعض نسائه، فأرسلت إحدى أمهات المؤمنين مع خادم بقصعة طعمام،

كالجلد والتأديب، وهذا لأنه لم يطبق الشريعة بعد، وكنا قد درّسنا البحث والاقتراحات بالمرکز القومي للدراسات القضائية لرجال النيابة العامة والقضاء العسكري وقضاة السودان بالمرکز بمصر.

(١٣٨) نيل الأوطار للتركات ج ٥، ط ١، للطبعة الثالثة صفر ١٣٥٧هـ ص ٢٩٨، ٢٩٩.

(١٣٩) فتح الباري بشرح صحيح البخاري، ج ٥، الطبعة البهية المصرية ١٣٤٨هـ ص ٩٥٤٤.



فضربت بيدها فكسرت القصعة، فضمها وجعل فيها الطعام، وقال: كلوا. وحبس الرسول القصعة حتى فرغوا، فدفع القصعة الصحيحة وحبس المكسورة.

ولكن يلاحظ أن مناهج إعمال ذلك ألا يكون الإلتاف بحق، كما لو ألتف مسلم خمر المسلم، أو إذا كان الإلتاف بأمر المالك، أو بسبب حالة ضرورة لمخمصة دفعت شخصاً إلى أكل مال غيره، أو إذا صار الضمان غير ذي جدوى أو غير ذي فائدة كإلتاف المسلمين أموال البغاة.

جـ - إذا كان ما خرج من الشيء في مقابل ضمانه إذ «الخارج بالضمان»: قاعدة «الخارج بالضمان» هي نص حديث نبوي معناه أن استحقاق الخارج، أي ما يخرج من الشيء أو يتولد عنه، سببه التحمل بالضمان، أي تحمل ما يعرف بتبعية الهلاك، فمن يتحمل الحسارة يستحق غلة الشيء مقابل تحمله تلك الحسارة.<sup>(١١٠)</sup>

ويرجع سبب الحديث إلى واقعة مؤداها: أن شخصاً اشترى غلاماً، ثم استغله زماناً، فوجد فيه عيباً قديماً، فخاصم البائع إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم (ففضى برده إلى البائع. فقال هذا: يا رسول الله: إنه قد استغل غلامي، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: الخارج بالضمان).<sup>(١١١)</sup> وهذه القاعدة تتعلق، من حيث الأصل بالعقود، وإن كان يمكن الإفادة من حكمها في هذا المجال، أخذ العموم النص لا بخصوص السبب ما أمكن ذلك.

ثانياً: إن الضرر يتحقق من خلال المباشرة بإطلاق أو التسبب مع التعمد: فاللباش ضامن وإن لم يتعد أو يتعمد والمتسبب لا يضمن إلا إذا كان متعمداً، وعليه فإنه إذا كان الضرر هو أساس الضمان أو المسؤولية، فإنه لا ضرر، وبالتالي لا ضمان، ولا مسؤولية، إلا إذا كان هناك مباشر أو متسبب متعمد.

أ - فاللباش ضامن وإن لم يتعد أو يتعمد: والمباشر هو الذي أحدث الضرر

(١٤٠) الشيخ مصطفى أحمد الزرقا، المرجع السابق، المجلد الثاني ١٣٧٩هـ دمشق بند ٦٤٩ من ١٠٩.

(١٤١) القرطبي، أنقض رسول الله: في البيع، من المرجع السابق.

بالمضروب، وكان الضرر نتيجة مباشرة لفعله، فلم يتوسط بين الفعل وبين الضرر أي فعل آخر. فالضرر المباشر إذن هو ما يكون نتيجة اتصال آلة التلف بمحل ذلك التلف.<sup>(١٤٢)</sup>

ويتحقق هذا المعنى في كل من يأتي عملاً لاحقاً له فيه، ولا أذن له الشرع به، وارتبط الضرر بهذا العمل ارتباط معلول بعلّة، فمن يقطع شجراً في ملك غيره، بغير حق، فهو مباشر، ومن يهدم دار غيره، تعدياً، فهو مباشر<sup>(١٤٣)</sup>، ومن يحفر حفرة في الطريق العام فهو مباشر، ولكن إذا حفر إنسان بئراً في ملكه هو، فوقع فيه إنسان لم يضمن.<sup>(١٤٤)</sup>

ومعنى ما تقدم، أن المباشر، أي من استجمع في عمله حقيقة المباشرة يضمن، طالما كان الضرر نتيجة مباشرة لفعله، ولذا فإن الصبي غير المميز - مَنْ دون السابعة - إذا أتلّف شيئاً ضمنه، والنائم إذا أتلّف شيئاً ضمنه، يستوي أن يكون إتلافه إياه، قد حدث نتيجة انقلابه عليه، أو إفلاته من يده التي كانت مطبقة عليه قبل النوم فقط وتهشم، أو نتيجة ضربه إياه بيده. والمجنون إذا أتلّف مالا ضمن، لأنه ولا ضرر ولا ضراره، فمقتضي هذا الحديث النبوي، أن الضرر يرتبط لا بالتكليف وإنما بإعمال مقتضي خطاب الوضيع، الذي يستلزم ترتيب السبب على سببه بصرف النظر عن توافر أو عدم توافر أهلية التكليف، طالما تعلق الأمر بمباشرة، لأن المباشرة علة ولا يبطل حكمها بعذر، وذلك بخلاف التّسبب الذي ليس بعلّة، والذي لا بد أن يستجمع شرط التعدي ليندرج في إطار العلة. فالمباشر، إذن، ضامن، وإن لم يتعد.

والمباشر ضامن كذلك، وإن لم يعتمد، فقير المجنون، والشخص المميز، أو البالغ سن الرشد، والمتيقظ غير النائم، إذا ترتب على فعله ضرر، سواء انصرفت إرادته إلى إحداث الضرر، أو لم تنصرف إرادته إلى إحداثه، وسواء انصرفت إرادته إلى الفعل والنتيجة، أو انصرفت إرادته إلى الفعل دون النتيجة، لأن الفقه الإسلامي، لا

(١٤٢) أنظر الشيخ حل الحفيظ، الصان، المرجع السابق (ج ١) ص ١٧٤.

(١٤٣) صبحي الحمصاني، المرجع السابق ص ١٧٥.

(١٤٤) محم الضلّات لابي محمد بن غانم البندادي، المطبعة الخيرية، القاهرة ١٣٠٨ هـ ص ١٤١.

يشترط في الضرر الموجب للضمان أو المسؤولية أو التعويض، أن يكون ناشئاً، بالضرورة، عن اعتداء، وإنما يكفي مجرد الضرر، ليتحقق الضمان بإطلاق، وتنعقد المسؤولية بعموم، فمن أتلف مالا ظن أنه ماله واتضح أنه مال غيره يضمن، ومن أتلفه بخطأ أو نسيان منه يضمن، بل إن مجرد تحقق الضرر من لم يصدر منه أي فعل قد يكون أساساً للضمان، كالتلف الذي يلحق مالا تحت يد ضامن، بفعل لا علاقة لصاحب يد الضمان به وسبب ذلك كما يقول بعض الفقهاء أن «الشريعة تجعل الضرر علةً ومسبباً للتضمنين فإذا وجدت العلة وُجد المعلول».<sup>(١٤٥)</sup>

### ولكن المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد :

التسبب وحده لا يكفي للضمان، وإنما يجب أن يكون مقروناً بالتعمد، فمسئولية التسبب في الضرر لا تنعقد، إلا إذا تعمد ارتكاب فعل مفضٍ إلى إلحاق الضرر بالغير دون وجه حق، فإذا حفر شخص بئراً - أو حفرة - في الطريق العام، دون إذن ولي الأمر، فترددت فيه دابة مملوكة لآخر، فإنه يضمن تلفها. أما إذا كانت الدابة قد وقعت في بئر حفرها في ملكه، فإنه لا يضمن تلفها، كذلك الحال، فيما ولو وضع أحد على الطريق العام الحجارة وأدوات العبارة، وعثر بها حيوان آخر، وتلف، يضمن، كذلك لو صب أحد على الطريق العام شيئاً يزلق به كالدهن، وزلق به حيوان، وتلف، يضمن».<sup>(١٤٦)</sup>

ولما كان التسبب لا يصبح علةً إلا إذا انطوى على التعمد مطلقاً، أو تعمد التعدي، فإن المتسبب يضمن حال التعمد أو حال التعدي، أما إذا انتفى التعدي فلا ضمان، ولذا فلا ضمان على الراعي إذا لم يكن متعدياً، أما إن نام عن السائمة أو غفل عنها، أو تركها تتباعد عنه فإنه يكون متعدياً ويضمن.

وعلى ذلك فإنه لا مسؤولية أو ضمان في حالات التسبب كلما انتفى التعدي حتى وإن وُجد التعمد، فلا ضمان رغم التعدي، إذا كان التعدي مستنداً إلى الجواز

(١٤٥) الشيخ على الخفيف، المرجع السابق ص ٦٨

(١٤٦) المادة ٩٢٧ من مجلة الأحكام العدلية؛ جامع المصولين ط لولي ج ٢ ص ١١٢٢ د. صبي الحمصاني،

السابق ج ١ ص ١٧٥، الرغبي، للبوط ط ١ ج ٣٧ ص ٦.

الشرعي، فالجواز الشرعي ينافي الضمان، ولذا فإن الضرر الناجم عن القيام بعمل أو عن استعمال حق، لا يوجب التعويض أو الضمان، إلا في حالات استثنائية. كذلك لا ضمان رغم التعدي إذا كان التعدي مستنداً إلى إذن، فقد يقبل المعتدي عليه إتلاف ماله، ولم ينجم عن ذلك ضررٌ لعموم المسلمين، وقد يقبل شخص بتر عضو من جسمه عند إجراء عملية جراحية له، قبولاً صريحاً مسبقاً، وعندئذ لا ضمان. كما أن حالة الضرورة هي أساس شرعي لنفي الضمان، ولكن الضرورة تقلد بقدرها.<sup>(١١٧)</sup>

ويلاحظ في هذا الصدد أمور:

أولها: أنه إذا اجتمع المباشر والمتسبب فإن الحكم يضاف إلى المباشر لا إلى المتسبب، إنها يلاحظ أن هناك حالات استثنائية لا يضاف الحكم فيها إلى المباشر لترتب الضرر على فعل شخص آخر، قام فعله بالفصل بين فعل المباشر وبين التلف، على نحو يحول دون نسبته إليه وهو ما يعرف لدى مطبقي الأنظمة الوضعية بانقطاع رابطة السببية، وهو اصطلاح يمكن قبوله، لأنه يؤدي معنىً صحيحاً، ولا مشاحة في الاصطلاحات، وقد سبق التعرض لحكم التعدد في التمهيد لهذا البحث.

ثانيها: أن الفقه الإسلامي يقر فكرة ضمان فعل الغير وفعل الشيء والحيوان:

وإذا كان ضمان الضرر الناجم عن الشيء، كسقوط منزل كان أياً للسقوط وإحداثة ضرراً بالغير. والضرر الناجم عن فعل الحيوان لا يثير جدلاً، على ما سنشير إليه، وسبقت به الشريعة الغراء كافة الأنظمة الوضعية التي لا تزال تبحث عن أساس لذلك، فإن بعض الفقهاء المحدثين التمس عليه الأمر فتصور أن الفقه الإسلامي لا يميز فكرة المسؤولية عن فعل الغير وهذا تضييق لا مند له.

ففي ثانياً نقده لنظرية تحمل التبعة يقول الشيخ على الحفيف رحمه الله ونظرية تحمل التبعة... لا تقوم أيضاً على أساس من المنطق سليم،... ذلك بأنها تقوم

(١١٧) انظر روضة الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي، مؤسسة الرسالة، بيروت ط ٣

(١٤٠٣هـ) ص ١٩٩.

على أن المتبوع وقد انتفع بنشاط تابعه . . . فعليه أن يتحمل تبعه هذا النشاط، وما قد يجز إليه من ضرر، والغنم بالغرم، غير أن هذا الريح وقد تولد من مال للمتبوع، وعمل قام به التابع، وأخذ عليه أجره، إنها هو مستحق للمتبوع بما دفعه من أجر، بمقتضى عقد استجاره. التابع ثمرة للملك، وثمره الملك للملك، وإلزامه بعد ذلك بتعويض ما يحدث عن طريق العمل، في ذلك المال من ضرر، لا يد له فيه، ليس له سبب سليم يؤسس عليه<sup>(١٤٨)</sup>.

ولنا أن هذا القول يصدق تماماً لو كانت الأمور تقف عند حد مسؤولية المتبوع عن عمل التابع بإطلاق، ولكن الحقيقة أن المتبوع يرجع بها أداءه عن التابع على هذا التابع، كما أن الضمان أو المسؤولية منوطة بشروط كثيرة منها أن يكون الضرر قد وقع أثناء أو بسبب تادية العمل أو بمناسبة الوظيفة، وهذا يحقق مصالح كثيرة للناس في حياتهم المعاصرة، حيث تعوض الدولة من أضرارها بسبب أخطاء موظفيها أثناء أو بسبب أعمالهم، ولو تركتهم الدولة ليطالبوا التعويض منهم فربما لا يتحصل الضرر على تعويض لإعسار الموظف مثلاً، وهنا يؤدي هذا النوع من الضمان فوائد كثيرة للمضرور أو ورثته، وإذا كان هذا يحقق المصلحة فإنه يصبح أمراً لا بأس به، ولكن الأمر - رغم ذلك - يحتاج لدراسات موسعة.

وأما فيما يتعلق بضمان فعل الحيوان، فإن الأصل فيه، وما ينشأ عنه من ضرر، أن يكون جباراً، أي هدرأ لا ضمان معه ولا مسؤولية بسببه، لأن الحيوان ليست له ذمة، وليس له إدراك، ويؤخذ هذا من قوله صلى الله عليه وسلم فيما رواه أبوهريرة ومسلم والعجباء جرحها جباراً.

فإذا لم يكن للدابة مالك فجرحها جبار، وإذا كان للدابة مالك ولكنه لم يتعد تقصيراً أو إهمالاً فإن جرحها جبار، ويتغى التعدي إذا كان الضرر لم يقع في ملك الغير ولا في الطريق العام، وإنما في ملك صاحب الحيوان ذاته، ووقع بيدي أو رجلي أو ذيل الدابة، أو حدث الضرر من الدابة في ملك الغير ولكن بعد أن استأذن

(١٤٨) قال بذلك الشيخ على الحنفى، في مؤلفه السابق ص ٦٠.

حائزها، مالك المكان في دخولها، فأحدثت الضرر بالأعضاء المتقدمة، أو إذا وضع شخص دابته في مكان له حتى ربطها فيه بالاشتراك مع غيره، فأتلفت دابته دابة غيره.

وعلى العكس مما تقدم فإن مالك الحيوان إذا قصد أو تعمد الإيذاء فإنه يكون مسئولاً ويضمن، كما لو أغري إنسان كلبه ليعض إنساناً أو حيواناً فعقره،<sup>(١٤٩)</sup> أو أرسل بهيمة فأتلفت فور الإرسال شيئاً.<sup>(١٥٠)</sup>

كذلك فإنه إذا كان الإنسان بمثابة المباشر فإنه يضمن، فلو داست الدابة شيئاً لأحد فأتلفت، ضمن الراكب باعتباره مباشراً، حتى وإن لم يكن متعمداً.

ولما كان النبي صلى الله عليه وسلم قد قضى في جنابة البهائم في حال دون حال، فقد بحث الفقهاء ذلك،<sup>(١٥١)</sup> وقسموا جنابة البهائم إلى قسمين:

أولها: جنابيتها في المزارع والبساتين.

وثانيها: جنابيتها في غير المزارع والبساتين.

١ - فمما يتعلق بجنابة البهائم في المزارع والبساتين: فإن البهائم بالنسبة لها قد يمكن التحرز عنها وقد لا يمكن ذلك، فجنابة البهائم التي يمكن التحرز عنها، في المزارع والبساتين، يقصد بها أي فعل، يصدر عن المواشي والدواب، يفضي إلى إفساد بالمزارع أو البساتين كالتلف وما عداه، ويقول جمهور الفقهاء إن أصحاب البهائم يضمنون ما تفسده المواشي ليلاً في المزارع والبساتين في حالتين: أولاًهما: إذا كانت تلك المواشي قد أرسلت، للرعي.

والثانية: إذا كانت المواشي قد انفلتت ليلاً بدون تقصير أصحابها. ولا ضمان على أصحابها فيما أفسدته بالنهار، إذا كانت بلا راع، فإن كان لها راع، حتى وإن كان صبياً، فإن مالكها يضمن، ولا ضمان إن كانت قد سرحت بعيداً عن

(١٤٩) صبحي للحمصاني، السابق ص ٢٣٩.

(١٥٠) جامع الفصولين، للرجع السابق ص ١١٨.

(١٥١) من الباحثين المحدثين انظر بوجه خاص د. سليمان محمد أحمد، ضمان للتلقت في الفقه الإسلامي، رسالة

دكتوراه من الأزهر (١٩٧٥م) ١٣٩٥هـ ج ٢ ص ٣٧٧.

المزارع والبساتين، إلى حد يغلب معه على الظن، أنها لن تصل إليها، أما إذا سرحها صاحبها قرب المزارع والبساتين فعليه ضمان ما أفسدته. <sup>(١٠٢)</sup>

إنما يلاحظ أن البهيمة إذا كانت معروفة بالعداء، وأفسدت مال الغير، فإن صاحبها يكون ضامناً، سواء حدث الإتلاف ليلاً أو نهاراً، شريطة ألا يكون قد حفظها على نحو يحول، عادة، دون تسربها، أو سلمها إلى راع غير قادر على حفظها.

والسند الشرعي للضمان، في الحالات التي يلزم فيها الضمان، هو:  
أولاً: دلالة قوله تعالى:

﴿وَأَكْوَودُوا ضَامِنِينَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفَسَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ وَكَانَ فِي مَبْعَدِهِم مَّشَاهِدٌ ۚ فَفَهَّمْنَاهَا سُلَيْمَانَ وَكَلَّمَا بَيْنَهُمَا حُكْمًا وَعِلْمًا﴾

[الأنبياء ٧٨ وجزء من ٧٩].

فالتفش رعي الليل، وقد قضى سليمان عليه السلام، بدفع الغنم لأصحاب الحرث يتفحصون بها، ويدفع الحرث لأصحاب الغنم ليقوموا بعبارته حتى يعود لما كان. وعندئذ يرد كل واحد مال الآخر لصاحبه.

ثانياً: ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، عندما دخلت ناقة البراء بن عازب حائط رجل فأنفست فيه، من أنه قضى: «أن على أهل الحوائط حفظها بالنهار وأن ما أفسدت المواشي بالليل ضامن على أهلها أي مضمون عليهم. ولا يخالف هذا الحديث، الذي قال فيه ابن العربي أنه صحيح لا كلام فيه، <sup>(١٠٣)</sup> حديث «العجابه جرحها جبار» لأن هذا الحديث الأخير عام، أما الحديث المتعلق بناقة البراء، فهو خاص، «والعام ينبي على الخاص ويرد إليه». <sup>(١٠٤)</sup> وحكمة ضمان صاحب الماشية، ما تفسده الماشية بالليل دون النهار، أن النهار معاش، وأرباب المزارع يحرسونها نهاراً، فإذا ماجز الليل، كان الواجب على أصحاب الماشية حفظها ليلاً، وهذا بذهي،

(١٠٢) المرجع السابق ص ٣٧٢ وما بعدها والشيخ علي الحفيف، السابق ص ٢٤١ وما بعدها.

(١٠٣) أحكام القرآن لأبي بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي، ط ١ (١٣٧٦هـ) ج ٢ ص ٢٥٥.

(١٠٤) انظر كتابنا مستهل الشريعة الإسلامي ج ٣ ص ٦٤ وما بعدها والمراجع للشريعة.

فأصحاب المواشي مضطرون إلى إرسال مواشيهم للرعي بالنهار، ويشق عليهم حفظها وقت حاجتها للرعي، ويكون من المناسب قيام أصحاب المزارع بحفظ مزارعهم نهاراً، لا سيما وأن المادة تقضي بأنهم يتواجدون في هذه المزارع نهاراً، ولكن ولو اضطريت العادة في بعض البلاد، فكان بعضهم يرسلها ليلاً، وبعضهم يرسلها نهاراً، فالظاهر - فيما يقرره ابن حجر - أنه يُقضي بها دل عليه الحديث<sup>(١٥٥)</sup>.  
ثالثاً: المعقول: ذلك أن ترك صاحب الماشية ماشيته ليلاً يدل على تفريط في حفظها، كما أن صاحب الزرع لا يمكنه التحفظ على زرعه ليلاً.

ولكن الضمان منوط بكون المزارع عما تتداخل مع المراعي، وهي ما ورد بشأنها حديث ناقة البراء، أما إن كانت المزارع للزارع وحده وليست مسرحاً، فإن على أصحاب الماشية حفظها عنها ليلاً ونهاراً بحيث لا تخرج بدون سائقين، كذلك فإنه إذا كان المكان مكان سرح ليلاً ونهاراً، وقام شخص بالزراعة فيه دون إذن الإمام، فإنه وحده يكون مسئولاً عن حفظ مازرع، ولا ضمان على ما تتلفه الماشية فيه، وكل ذلك باستثناء بعض الآراء للأحناف والليث وعطاء وعمر بن الخطاب<sup>(١٥٦)</sup>.

٢ - وفيما يتعلق بجناية البهائم في غير المزارع والبساتين: فإنه من المستقر عليه:  
أولاً: أنه إذا أتلفت البهيمة شيئاً ليلاً أو نهاراً ولم تكن لصاحبها يد عليها، فجمهور فقهاء المسلمين على أنه لا ضمان على مالكها، استناداً إلى قوله صلى الله عليه وسلم: «العجاء جرحها جبار».

ثانياً: إذا أتلفت البهيمة شيئاً في غير الزرع وكان معها راكب أو سائق أو قائد فإن جمهور الفقهاء على أن هؤلاء يضمنون ما أصابت الدابة أو ما أحدثت من تلف وإن كانوا قد اختلفوا في بعض الجزئيات غير المؤثرة، وسند هؤلاء أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه، قضى بالدية على من أجري فرسه، فوطئت آخره، أي مشت عليه، فالحكم أولى بالنسبة لمن يمسك بزمام دابة. كما احتج البعض

(١٥٥) فتح الباري، السابق، ج ١٢ ص ٢٢٩.

(١٥٦) في تنصيصات ذلك، د. سليمان محمد أحمد، الرسالة المذكورة ص ٤٠١ وما بعدها.



بحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم «الرَّجُلُ جَبَّارٌ»<sup>(١٥٧)</sup>. فإذا كان لا ضمان على فعل رجل الدابة، فالضمان فيها عداها واجب. مع ملاحظة ما سبق من أن الرجل جبار إذا لم يحدث تقصير أو إهمال، وفعلت الدابة ذلك بنفسها، دون أن يدفعها إليه أحد، ولم يفرط حائزها في حفظها ولم يوقفها في طرق المسلمين وأسواقهم على ما تقدم بيانه، فالمسئولية التقصيرية كجزء من المسئولية المدنية وكمقابل لجانب من الضمان معروفة إذن في الفقه الإسلامي بشكل دقيق.

---

---

(١٥٧) الشيخ علي الحنفى، المرجع السابق ص ٢٤٣، ود. سليمان محمد أحمد، الرسالة السابقة ص

## الخلاصة

- وعلى ما تقدم فإن المسؤولية المدنية، لها مجال إعمال في فقه الشريعة الغراء بحسبانها جانباً من فكرة الضمان وأساسها في ضوء الأدلة الشرعية المتقدمة :
- أن الضرر الذي يحدث من الشخص، أو ممن هو مسئول عنه، أو تابع له، أو من الشيء المملوك له، أو الذي يجرسه، أو الحيوان الذي في حيازته، هو مناط التعويض وفقاً للقواعد المقررة شرعاً، مع احتفاظ المتبوع بحقه في الرجوع على التابع، كذلك فإن الإخلال بالمقدد يوجب التعويض.
- كما أن فكرة الضمان تنسم بالآتي :
- ١ - إنها أوسع نطاقاً من نظرية المسؤولية التقصيرية والعقدية أي المسؤولية المدنية المعروفة وضماً.
  - ٢ - إنه ليس فيها ما يحول دون تخصيص جانب منها لكي يُعالَج تحت عنوان المسؤولية المدنية، طالما أن المسؤولية اصطلاح إسلامي عقدي أصيل.
  - ٣ - إنه ليس هناك ما يحول شرعاً، دون تخصيص جانب من نظرية الضمان، لتبدأ منه دراسات إسلامية متعمقة، لمعالجة فَرْعِي المسؤولية المدنية، وهما المسؤولية العقدية (أو اليد التي تطالب بالتعويض والاستحقاق)، والمسؤولية التقصيرية (أو اليد التي أحدثت الضرر وتَسأل عنه) مع ملاحظة مايلي :
- ١ - إن الضرر هو أساس الضمان في الفقه الإسلامي، بيد أن الضرر إن نجم عن فعل خاطيء أو عن تعدد، فلا مانع من معالجة الأمر أيضاً في النطاق الإسلامي، حتى يثري الواقع العملي في العالم الإسلامي بحلول تيسر نقل القضاة المتشبعين

بالنزعة الوضعية في كثير من الدول الإسلامية إلى رحاب الفقه الإسلامي ، فالمسئولية الموضوعية في الشريعة الإسلامية تتسع أيضاً لإعمال قواعد المسئولية الخطيئة في بعض الفروض بجانبها .

٢ - إن الضمان في حالة العقد ، قد يكون ضمان عقد بالمعنى الأخص في الأنظمة الوضعية ، أي مجرد الالتزام ، وقد يكون ضمان ما نجم عن الاختلال بالعقد ، حين يكون التعويض بصوره المتعددة هو الجابر للضرر المتولد عن العقد .

٣ - ان الجوانح في الشريعة الغراء ، لا تنفي مسئولية الملتزم في حالة ما إذا كان هو المتسبب في عدم الوفاء ، ولكن لا مسئولية إذا انتفي الضرر ، أو انتفي الخطأ في حالة ما إذا كانت المسئولية في بعض الفروض تستلزم هذا الخطأ ، أو لم تقم بينه وبين الضرر علاقة سببية ، بحيث لم يكن من الممكن عزو الضرر الى الشخص المطالب بالتعويض أو الضمان .

وعلى ذلك فإن المسئولية المدنية في الفقه الإسلامي ، هي الأثر الشرعي المترتب على إخلال الشخص بالتزام عقدي (أو التزام مبني على إرادة الملتزم وحده) أو بالتزام عام في الشريعة بعدم الإضرار بالغير ، فإذا أحدث شخص ضرراً بآخر ، من جراء مخالفته بنصوص العقد أو إتيانه عملاً ضاراً أياً كان ، فإنه يضمن أي يلتزم بالتعويض الشرعي ، وكل ذلك لا ينفي وجود أصل إسلامي آخر حاصله أنه لا يجوز لأحد أن يثري بلا سبب شرعي على حساب غيره .

هذا وأسأل الله تعالى أن يسامحني عما أكون قد ترديت فيه من خطأ غير مقصود .  
فالكمال لله وحده وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين . .



# المقاصد والنيات

الدكتور/ محمد محمد شتا أبو سعد\*

تمهيد:

الأصل في الشريعة الإسلامية، هو تحكيم مبدأ الرضائية في إبرام العقود، فالشريعة الإسلامية تقوم على (البساطة في التعامل، وعلى نية الطرفين في التعاقد)<sup>(١)</sup> فليس يلزم لإبرام العقود إجراء طقوس معينة، وليس يلزم لانتقال الملكية مباشرة إجراء شكلي محدد، والاعتداد بالنية أمر يبين ليس فقط على العقود والتصرفات بل أن ذلك يشمل ممارسة الإنسان لعقيدته وعبادته وعاداته وهذا أمر يستحق الوقوف عنده، لأن للإسلام ذاتيته في أصول شريعته وهي ذاتية مستقلة لم تتأثر لا بفكر روماني ولا بفكر غير روماني، إذ القاعدة الرومانية العتيقة أن كل ما يتعلق بعبادات الإنسان وعاداته كان له طقوسه وشكلياته التي يفرض عدم مراعاتها إلى بطلانه<sup>(٢)</sup>. فالإيجاب والقبول إذن كافيان لإبرام العقد<sup>(٣)</sup> في الفقه الإسلامي، والشريعة ترتب آثار العقد. بمجرد إبرامه دونما

---

• مستشار (فاضي) بمحكمة استئناف القاهرة ومستشار التأمينات الاجتماعية بالرياض استاذ سابق بجامعة الأزهر والقاهرة (بالقاهرة وبني سويف والحرطوم) وأم درمان الإسلامية ووهران بالجزائر والملك سعود بالرياض والمركز القومي للدراسات القضائية بمصر.

ساهم في سن القوانين الإسلامية في السودان وساهم في مناقشتها أمام مجلس الشعب المصري وشرحها في مؤلفات طبعها جامعة القاهرة.

(١) د. محمد وحيد الدين سوار، الشكل في الفقه الإسلامي، ط ١ الرياض ١٤٠٥هـ بند ١٦ ص ٢٢.  
(٢) د. حمود السقا، تاريخ النظم القانونية، القاهرة ١٩٩٠/٨٩ ص ٨ وما بعدها، د. صوفي أبو طالب، مبانيه تاريخ القانون ١٩٦٤ ص ٥٠٨ وما بعدها، د. محمد شتا أبو سعد مستقبل التشريع الإسلامي - ١ - رد على د. زكي نجيب محمود ص ٥٠ وما بعدها، د. محمد أبو حاليه، التصرف للمجرد، رسالة بالفرنسية ولها ترجمة بالعربية، من حقوق القاهرة ط ١ ص ٧، علي بدوي، مكانة الشريعة الإسلامية في الفقه الحديث، مجلة القانون والاقتصاد ص ١ (مجلة حقوق القاهرة) ص ٧٣١.

(٣) د. عبدالرزاق السنهوري، مصادر الفقه الإسلامي ط ١ ج ١ ص ٣٧.

\* المقاصد والنيات \*

حاجة لشكل خاص<sup>(١)</sup>.

ولكن لا يجب أن يقع في الروع أن الشريعة الغراء تهمل المصلحة المعتبرة، أو تحول دون اقرار كل ما يحقق غايات المتعاقدين طالما كانت هذه الغايات ذات صبغة شرعية، فالشريعة عدل كلها ورحمة كلها كما يقول ابن قيم الجوزية، ومن يبحث فيها لن يجد في نحوى نصوصها وروحها إلا ما يحقق المصالح المشروعة.

وعلى ذلك فإن فشت قاشية أكل اموال الناس بالباطل، كما حدث في بعض البلاد الإسلامية التي انخرطت في سلك تطبيق الأنظمة والقوانين الغربية، بسبب الاعتداد المطلق بمبدأ الرضائية، فرأى المنظم في تلك الدول الاعتداد بالشكل كركن لانعقاد العقد<sup>(٢)</sup> فإن ذلك لا يعني عدم الاعتداد بفكرة الشكل في بعض العقود والتصرفات في الدول التي تطبق الشريعة الإسلامية، ذلك أن ترك الناس يقتبسون العادات السيئة كبيع العقار أكثر من مرة لأكثر من شخص، يستلزم مجابهة هذه العادات بقواعد نظامية تحقق المصلحة الإسلامية، كاشتراط إبرام عقود البيع أمام موثق، حين يكون التوثيق شكل انعقاد وفي نفس الوقت شكلاً للثبات أو اشتراط تسجيل العقد لكي تنتقل الملكية حين يكون الشكل في هذه الحالة شكلاً للشهر<sup>(٣)</sup> بحيث لا تنتقل الملكية إلا بشهر التصرف، أو كاشتراط كتابة الديون في محرر رسمي أو عادي (عربي) حين يكون هذا الشكل شكلاً للثبات<sup>(٤)</sup>، لأن كل أنواع هذه الشكليات لا تقدم إرادة، الإنسان، ولا تحمل محل نية الإنسان، فالشكلية لا تنفي الإرادة في الفقه الإسلامي ولا تذهب بالنية وإنما يكون الاعتداد بها مجرد وسيلة لتحقيق مصلحة معتبرة، من مظاهرها الحيلولة دون أكل أموال الناس بالباطل لذا فإن حاصل ما تقدم هو أنه لا مانع شرعاً من اشتراط بعض مظاهر الشكلية أو النص عليها، ولكن الشكلية لا تنفي الإرادة الإنسانية أو النية عند إبرام العقود وترتيبها آثارها ونعالج هاتين المسألتين في مبحث أول نتبعه بمبحث ثان في تأكيد دور الإرادة والنية من خلال مسائل عقدية.

(١) فائز العقود جليلي، انظر د. محمد شتا أبو سعد، الشرط كوصف للراضي ١٩٨٠م (القاهرة) ص ١٢٠ وما بعدها، د. حسن الشاذلي، دوس في نظرية العقد، على الآلة الراقنة، ١٩٧٢ (الطلاب الدراسات العليا بالأزهر - كلية الشريعة - ص ٨٠ وما بعدها).

(٢) انظر في شكل الانعقاد وجراء تحمله في الأنظمة الرضعية د. محمود جمال الدين زكي، نظرية الالتزام ط ١ المصادف لفقره ٢١ ص ٤٦.

(٣) د. سليمان عبدالحمد، التاميمات الشخصية والمنية والشهر العقاري في القانون الجزائري، دوس مسجلة على الرونيو ١٩٧٦ (وهران الجزائر) ص ٨٠ وما بعدها د. محمد شتا أبو سعد، الشهر العقاري في الجزائر، (وهران ١٩٧٨) ص ٧٠ وما بعدها.

(٤) د. رفعت الصياحي، الاتبات ١٩٩٠م (جامعة طنطا) ص ٢٠ وما بعدها.

## المبحث الأول

## لا مانع شرعاً من الاعتداد بالشكل

## لتحقيق مصلحة معتبرة

لا مانع شرعاً من الاعتداء بالشكل في بعض العقود لتحقيق مصلحة معتبرة، ولازم ذلك ما يلي:

أولاً: أن الاعتداد بالشكل لا يجب أن يؤدي إلى مشروعية أية عقود كتلك العقود التي أبطلتها الشريعة الغراء:

فالشريعة لا تبيح أي عقد لا يتم فيه تعيين العقود عليه تعيناً تاماً، فإذا روعي الشكل المطلوب دون مراعاة تعيين العقود عليه، فإن العقد يظل باطلاً، لأن الشكل لا يبيح موات العقود. فيبيع الحصة باطل شرعاً<sup>(١)</sup> في صوره الكثيرة ومنها بيع الثوب الذي تقع عليه الحصة مثلاً، أو بيع الأرضة إلى ما انتهت إليه الحصة الملقاة، وبيع الملامسة<sup>(٢)</sup> سواء تعلق الأمر ببيع متاع يلمس من وراء ثوب ودون نظر إليه، أو بيع ثوب بثوب دون نظر صاحبها كل إلى الآخر، أو بيع شيء يقوم له مقام النظر إليه دون خيار للمشتري عند رؤيته. وكذلك بيع المتابذة، حيث ينبذ كل من المتبايعين الثوب للآخر دون تعيين أن هذا بهذا.

فتلك البيوع باطلة ولا يصححها مراعاة اجراء شكلي آخر، وهي باطلة كذلك حتى وإن كان اللبس هو أساس اعتبار الواقعة بيعاً لأن ذلك ينفي الرضا، أو كان نفس التنبذ بيعاً<sup>(٣)</sup> أو كان نفس الرمي بالحصة بيعاً، لأن ذلك لا ينفي الرضا، فقط، وإنما يعتبر قهراً<sup>(٤)</sup>.

(١) انظر شرح المعني حل البخاري ط ١ ج ١١ ص ٢٦٧.

(٢) انظر ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مطبعة الاسطانة ١٩٥٢م جلد ٢ ص ١٢٧ وما بعدها.

(٣) شرح المعني حل البخاري، المرجع السابق نفس الموضوع وكتبنا شرح قانون اصول الأحكام القضائية الإسلامي السوداني ١٩٨٤م مطبعة جامعة القاهرة ص ٨٠ وما بعدها.

(٤) ابن رشد، المرجع السابق ص ١٤٧.

★ المقاصد والنيات ★

ثانياً: إن اشتراط شكل لفظي معين في الشريعة الإسلامية لا ينفي ضرورة وجود النية في التصرفات فكذلك الحال لو تعلق الأمر بأي شكل آخر:

في فقه الشريعة الغراء، تهيمن القاعدة القائلة إن العبرة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني، وهذه قاعدة تتعلق أساساً بالتفسير، فإذا استلزم الفقهاء لفظاً معيناً لإبرام عقد أو قالوا إن عقداً معيناً لا يتعقد إلا باللفظ، فذلك لا يذهب بالإرادة والنية، بل يدعمها ويؤكددها، فإذا قال بعض الفقهاء إن عقد الزواج لا يتعقد إلا بلفظ التزويج أو النكاح<sup>(١)</sup> وكذلك بعض العقود الأخرى لا تتعقد إلا بالألفاظ معينة، والحق ما قرره ابن القيم بقوله «والصواب اتباع الفاظ العبادات والوقوف معها». وأما العقود والمعاملات فإنما يتبع مقاصدها، والمراد بها بأي لفظ كان، إذ لم يشرع الله ورسوله لنا التنبه بالألفاظ معينة لا تنعدها<sup>(٢)</sup>. ولكن إذا فرض وكان اللفظ أمراً جوهرياً لا يتعقد العقد بدون، فإن ذلك لا يحول العقد من عقد رضائي إلى عقد شكلي، بمعنى أن الإرادة تظل أساسية في العقد، والنية تبقى أمراً جوهرياً فالشكل لا ينفي الإرادة أو النية، حتى لو تعلق الأمر بشكلية لفظية في الشريعة الإسلامية، وهذا فارق حاسم آخر بين فقه الشريعة الغراء وبين فقه الرومان، حيث كان الشكل هو المهيمن، بحيث أنه لو اتخذت الطقوس لوجد العقد ولو بدون إرادة، ولذا فمن غير الصائب تشبيه يسوع الملامسة والمناذلة أو العقود التي تستلزم الفاظاً معينة بما كان موجوداً عند الرومان في فترة من حياتهم من العقود الرسمية الشكلية المعروفة<sup>(٣)</sup> لأنه فضلاً عن ذلك فقد كانت الطقوس هي التي توجد العقد وهي التي ترتب آثاره ولم يقل أحد بذلك في فقه الإسلام ولا نص يمكن لأحد أن يجده أو يستشهد به حتى يستطيع التحريج عليه أو البناء من خلاله.

ولما كانت النية لها هذه السمة الجوهرية في كل تصرفات الإنسان وأعماله فليس صحيحاً ما ذهب إليه البعض الآخر من أن هناك تعبيراً عن الإرادة مجرداً عن النية<sup>(٤)</sup>، لأنه حتى لو كان هناك تصرف لا يتعقد إلا باللفظ فإنه لا تقوم للعمل أو التصرف ذاته بدون انصراف النية إليه.

(١) انظر في عرض ذلك الفروق للقرافي، القاهرة ١٣٤٤ هـ ج ٣ ص ١٨١ وانظر كذلك: الإسام الشافعي، الأم، القاهرة ١٣٢١ هـ ج ٥ ص ٣٣، وابن حزم: المحل، القاهرة ١٣٥٢ هـ ج ٨ ص ٣٥٠.

(٢) اعلام الموقعين، لابن قيم الجوزية، القاهرة ١٣٢٥ هـ ج ١ ص ٢٥٢.

(٣) كان قد تصور ذلك الدكتور محمد يوسف موسى، في كتابه الجرع، بدون تاريخ ص ١٤٦.

(٤) انظر مثلاً: د. وحيد الدين سواره المراجع السابق بند ٥٤ ص ٥٨ عنوان الطلب الثاني والشكلية اللفظية في التعبير الإرادي للمجرد من النية.



ويلاحظ كذلك أن وجوب الاشهاد في بعض العقود لا ينفي الإرادة أو النية، وبيان ذلك أن الاشهاد في عقد النكاح يدفع تهمة الزنا<sup>(١)</sup> وهو بيئة للمعاقدین عند حدوث التنازع بينهما، كما أنه يدفعهما للتروي قبل اقدامهما عليه لمخاطرة شأنه لأنه عقد تحمل به الابضاع، كما أن الاشهاد يصون حقوق الغير من الضياع، وهو الولد حتى لا يبحده أبوه فيضيع نسله<sup>(٢)</sup>، ولو كان الاشهاد يحل محل الإرادة أو النية لصح العقد رغم عدم انصراف إرادة المتعاقدين إليه وهو ما لم يقل به أحد ولن يقول، فحاصل ذلك أن أي شكل منها كان لا يحل محل إرادة أو نية الإنسان.

ثالثاً: إن اشتراط القبض أو الرسمية أو استلزامها نظاماً لا يعني قيام العقد بلا إرادة أو نية:

كذلك فإن القبض<sup>(٣)</sup> في العقود العينية، أو اشتراط التوثيق في العقود الرسمية لا يظهر العقد مما داخله من عيب يتعلق بالإرادة أو النية، فاستلزام القبض أو الرسمية أو اشتراط أي منها لا يعني مطلقاً قيام العقد عليها وحدهما دون اعتداد أصلي بالإرادة أو النية.

وبيان ذلك أن الحكمة من اشتراط القبض، وهو يتعلق غالباً بعقد التبرع، تتمثل في حماية المحسن أو المتفضل مما قد يعرّض تصرفه من تسرع أو طيش، فالتبرع إحسان وهو يتأكد بالقبض<sup>(٤)</sup> باستثناء الوصية<sup>(٥)</sup>، والرسمية تهدف أساساً إلى تبصير المتعاقدين بمخاطرة التصرف الذي يقدم عليه<sup>(٦)</sup>، لذا فإنه لا يتصور أن يكون هدف الحماية هو اهدار اساس الحياة وهو الإرادة وانصراف النية، وطالما أن الأصل أنه «لا شكلية في التشريع الإسلامي»<sup>(٧)</sup> وطالما أن الهدف هو معرفة المراد والقصد فإنه متى «عرف مراد المتكلم من الأدلة وجب اتباع مراده، والألفاظ لم تقصد لذواتها وإنما هي أدلة يستدل بها

(١) انظر بدائع الصنائع للكاتاني الفقرة ١٣٢٨ ج ٢ ص ٢٥٢.

(٢) للمخني لابن قدامة، الفقرة ١٣٦٧ ج ٧ ص ٣٣٩.

(٣) يقول سليم باز في شرح مجلة الأحكام العدلية ط ٢ بيروت ١٨٩٨ م ج ١ ص ٤٤٩ أن «القبض في المبة بمنزلة القبول في البيع وذلك لأن القبول للميب يدم العقد فلذلك القبض غير المبني على الإرادة.

(٤) عيسوي أحمد عيسوي، الفقه الإسلامي، المدخل ونظرية العقد، ط ٢، م دلت للناتيف، القاهرة ص ٥٠٠.

(٥) زهدور محمد، الوصية، رسالة ماجستير، وهران ١٩٧٨ م ص ٨٠ وما بعدها.

(٦) د. نعمان حجة، الحقوق العينية، ١٩٨٣/٨٢ م ص ٣٠ وما بعدها.

(٧) د. شفيق شحاته، النظرية العامة للألتزامات في الفريعة الإسلامية ط ١ ص ١٣٠ وما بعدها وإذا كنا نستشهد بعبارة فإننا انتقدنا كثيراً من آرائه في رسائله التي أشرف عليها الشيخ أحمد إبراهيم رحمه الله وذلك في رسالته: الشرط كوصف للتراضي، القاهرة ١٩٨٠ م. ص ٣٨ وما بعدها، ومقتضى كذلك خلاصته النتيجة التي أراد الوصول إليها إما بكفيتها ما قرره من عدم شكلية التشريع الإسلامي.

★ المقاصد والنيات ★

على مراد المتكلم<sup>(١)</sup> فالنية أمر يتعين إعماله سواء كان هناك شكل يغلفها أم كانت الإرادة منبئة عنها بذات الألفاظ المستعملة، يستوي في هذا الصدد أن يكون الانجاء هو إعمال فكرة الإرادة الظاهرة، التي لا تعقد بالتعبير ذاته بل بالإرادة التي قصد التعبير عنها<sup>(٢)</sup>، أم إعمال الإرادة الظاهرة<sup>(٣)</sup>، على نحو لا يخالف النية الواضحة أو على نحو لا يجعل المتعاقدين يتصل من تعاقد زعماً بأنه لم يكن يقصد ذلك أو يتوهم طاملاً لا يقف إلى جانبه ما يدعم مرعاه، ومعلوم أن الصيغة، في الفقه الإسلامي تقوم مقام الإرادة الباطنة، لا شيء إلا لأن التعبير عن الإرادة ذاتها، فإذا ثبت عكس ذلك، وجب إعمال النية مع أنها خفية في مثل هذه الحالة، ونحتاج إلى بحث وتحقيق.

رابعاً: إن استلزام شكل للآثبات لا يعني بدوره تخلف النية:

ولا شك أن استلزام شكل للآثبات، كالكتابة، رسمية كانت أم عادية (عرفية) لا يمكن أن يفهم منه أن شكل الآثبات يقوم مقام النية، فالنية تتعلق بانعقاد العقد، والآثبات يتعلق بمدى الاحتجاج بالحق. وقد نصت المادة المائة والسابعة والثلاثون من نظام المرافعات الشرعية السعودي الصادر عام ١٤١٠ هـ ويعمل به اعتباراً من ١٤١١/٣/٢٨ هـ على أن الكتابة التي يكون بها الآثبات إما أن تدون في ورقة رسمية أو ورقة عادية.

والورقة الرسمية هي التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم على يديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقاً للأوضاع النظامية وفي حدود سلطته واختصاصه.

أما الورقة العادية فهي التي تكون موقعة بأمر من من صدرت منه أو ختمه أو بصمته. ويلاحظ أن المسلك الذي سلكه النظام هو المسلك الشرعي حيث عالج الكتابة في الفصل قبل الأخير من باب الآثبات، لأن الكفاية ليس لها في فقه الشريعة الغراء نفس المكانة الأولى التي تعطى لها بالأنظمة الوضعية، ومع أن هناك اتجاه فقهي يقول بعدم صلاحية الكتابة لا اعتبارها وسيلة إثبات لإمكان محاکاتها<sup>(٤)</sup>، ولأن نية الشهود قد تسوء ولأن الشاهد قد لا يستطيع استرجاع كل، ما قاله المتعاقدان، إلا أن الرأي الأدق إلى القبول، في ظل الظروف الراهنة ومستلزماتها، أنه لا مانع من الأخذ بالكتابة

(١) ابن القيم، المرجع السابق ج ١ ص ١٨٩.

(٢) د. سليمان مرتضى، نظرية العقد ١٩٥٦ ص ١٠٠ ومايلها.

(٣) وحيد سوير، التعبير عن الإرادة، رسالة ط ١ ص ٤٦٤.

(٤) في عرض ذلك الشيخ أحمد إبراهيم، طرق القضاء في الشريعة الإسلامية، القاهرة ١٣٤٧ هـ ص ٦٢.

\* مجلة البحوث الفقهية المعاصرة \* السنة الثانية - العدد السادس - ١٤١١ هـ \*

في الحدود التي تصلح فيها للتمويل عليها في الاثبات، ويلاحظ في هذا الصدد أن الأمر الوارد بالكتابة في قوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَيْتُمْ بِدِينٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ... ﴾<sup>(١)</sup>. هو للندب لا للوجوب بدليل قوله تعالى: ﴿ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي الْوَعْنُ أَمَانَتَهُ وَلْيُقِمْ اللَّهَ رِبَّهُ ﴾<sup>(٢)</sup> وأياً ما كان الأمر فإن الكتابة عند استلزامها لا تنفي إرادة المتعاقدين أو نيتها فلذا فهم الشاهدان شيئاً آخر خلاف ما انصرفت إليه تلك الإرادة، فالمعبرة بما أَرَادَهُ المتعاقدان وانصرفت إرادتهما إليه لا بما فهمه اليهود.

## المبحث الثاني

### تأكيد دور الإرادة والنية من خلال مسائل عقدية<sup>(٣)</sup>

#### تمهيد:

يتأكد مضمون عنوان هذا البحث من استعراض بعض الأساسيات المتعلقة بهذا الموضوع من حديث رسول الله ﷺ وإثبات الأفعال بالنيات...، ولذا تلزم الإشارة بما يجاز إلى:

- ١ - نص الحديث ومستلزماته.
- ٢ - النية والتوحيد.
- ٣ - النيات الحسنة.
- ٤ - النيات السيئة.
- ٥ - النية هي الأساس الصحيح لتلقي الحقيقة الإيمانية.

(١) سورة البقرة من الآية ٢٨٢.

(٢) انظر محمد سلام مذكور، الأمر في نصوص التشريع الإسلامي ودلالته على الأحكام سنة ١٩٦٧م ص ٨٠ وما بعدها. سورة البقرة من الآية ٢٨٣.

(٣) لا تفهم فكرة النية فهماً دقيقاً من خلال الدراسات الفقهية المجافة، ولذا ألبينا التخفيف من أثر ذلك والاتصال للدراسة حسن النية وسوء النية من منظور فقهي أخلاقي، يبين إلى أي حد تعقد الشريعة نية الإنسان في كل أفعاله وتصرفاته سواء تعلق الأمر بنية العمل أو بنية المصون له وما يستلزمه ذلك من الاخلاص في العمل فانه حتى يقال القبول.

\* المقاصد والنيات \*

٦ - النية بهذه المثابة لا تنتفي بمجرد وجود الشكل .

١ - نص الحديث ومستلزماته :

عن أمير المؤمنين أبي حفص عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال :

سمعت رسول الله ﷺ يقول «إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى، فمن كانت هجرته إلى الله ورسوله فهجرته إلى الله ورسوله، ومن كانت هجرته لنديا يصيبها أو امرأة ينكحها، فهجرته إلى ما هاجر إليه»<sup>(١)</sup>.

والنيات هي أساس أعمال الإنسان كلها، فيها يكون صلاحها، وبها يكون فسادها، وعمل أساسها يبني الإنسان ثمرات أعماله ونتائجها، إن خيراً فخير، وإن شراً فشر، ولذا فإنه لا يجوز الفصل بين النية وبين أعمال الإنسان . والنية هي أمر داخلي في أعماق الإنسان، قد تظل كامنة فلا يفصح عنها بإمارات خارجية، وعندئذ تكون من خفايا الصدور، وقد تخرج بها الإرادة إلى عالم الواقع والمحسوسات، فتكون صريحة جلية، أو تكون مفهومة ضمنية، من خلال تلك الإمارات والعلامات الخارجية، التي تنبئ عنها، وتبين حقيقة اتجاهها .

فالنية إطار تتحرك إرادة الإنسان فيه لتحقيق غاية معينة، أو هدف محدد، من خلال شيء ما، يرنو إليه الإنسان، استجابة لدافع ما، يدفع الإرادة إلى التحرك والعمل<sup>(٢)</sup>، وبقدر ما تكون نية الإنسان سليمة، وغايته نبيلة، وبواعثه مشروعة، ودوافعه مقبولة، بقدر ما يكون عمل الإنسان طيباً، ومحققاً له الخير في دينه ودنياه، لأن النية هي أساس أعمال البشر، وبها يكون صلاحها أو فسادها .

والمؤمن الصادق، هو الذي يوجه إرادته، صوب موضوع نافع، والموضوع النافع هو الذي يهدف الإنسان من ورائه إلى تحقيق الخير، فيؤمن بضرورته له وللمسلمين كافة، ويتطلع لبلوغه، وي بذل الجهد الصادق لتحقيقه باعتباره أمراً يدعو الإسلام إليه، ويرى خير المسلمين فيه، فيتجاوز المسلم في سبيله مرحلة تسويغ العقل له، ويجعله أساس حركته الإيمانية، وجوهر طاقته الروحية، دون أن يتنقص ذلك من قدرة العقل .

(١) متفق على صحته . رواه إماما الحديثين البخاري ومسلم .

(٢) «لا خلاف أن الله تعالى لا يعاقب إلا بعد الاستحقاق بالمصيبة» انظر أبا عبدالله محمد بن المرتضى البيهقي في مؤلفه إشار الحق على الخائن في رد الخلافات إلى المذهب الحق - من أصول التوحيد - ببيروت ١٤٠٣ ص ٢٤٤ وما بعدها في مرضى وتحليل فكرة الإرادة .

كما أرادها الله على الفهم والتبصير والسير والبرهنة على الحق<sup>(١)</sup> وعلى ذلك فإن العبد ينال ثمرات عمله، على أساس ما انصرفت إليه نيته، ولذا فإن كافة عبادات الإنسان لا تصح إلا بالنية، حيث يجب أن يكون قصد الإنسان منها، وغايته فيها، ودافعه إليها، هو وجه الله وثوابه وإذا كان ذلك هو الأصل الدائم بالنسبة للعبادات، فإنه هو الأساس المستمر كذلك بالنسبة لكافة أعمال الإنسان الأخرى وتتوافر النية في العبادات إذا عقد الإنسان العزم على أنه لا يقصد منها سوى وجه الله، ولا يبتغي بها إلا رضاه، ولا يصرفها إلا إليه، طلباً لمرضاته، ونيل ثوابه والبعد عن موجبات عقابه. ولذلك تستجيب النية لما فرضه الله، إذا أخلص العبد في عبادته، فجعلها تقريباً محضاً إلى الله، لا يستهدف بها تحقيق غرض من أغراض الدنيا، لأن الدنيا متاع زائل، وعرض منقطع، فنعيمها مؤقت، وهي في جللتها هزل ولعب وزينة وتفاخر وتكاثر في الأموال والأولاد، أما الدار الآخرة، فهي النعيم المقيم والحيوان الأبدي، وإخلاص النية في العبادة هو سبيلها الأوضح، وطريقها الذي لا يوصل إليها طريق آخر سواه.

والنية الطيبة، تحتاج إلى استمرار تجديدها، لتزداد قوتها، وتستمر وقلة جلوتها، حتى يخلص إيمان العبد من كل شائبة محتملة، ومن كل عارض منقوص كالرياء وتعظيم كل من دون الخالق، وعندئذ تكون التوبة مفتاح تجديد قوة النية، وحسن القصد، ونبل الباعث، وشرف العناية.

وعلى العبد أن يحصن كافة العادات أيضاً بالنية الطيبة، لتكون - ما أمكن - قريبة من العبادات، فينوي أنه لا يهدف من ورائها سوى طاعة الله، وتحقيق الواجب في نفس الإنسان وغيره، طلباً للأجر من الله، والبركة كأعظم عطاء من عطائه، وتغلباً على الرغبات المهلكة، وانتظاراً للفضل من الله، وعندئذ لا تكون الملبحات والعادات سبباً في تحصيل الكسب المشروع في الدنيا فقط، بل سلباً يرقى به الإنسان في مدارج كمالات الطاعات، حيث تصبح العادات أشبه ما تكون بالعبادات، من غير ابتداع ولا خروج على مفاهيم الشرع<sup>(٢)</sup> ولعل المسلم في أعماله كلها، لا ينظر إلى العمل الذي يريده، بمنأى من النية الحسنة، التي تجعل الإرادة ذات غاية طيبة، عندما تستحث الإنسان على الانتقال من مجال الشعور بالخير إلى نطق فعل الخير، مهما تكبد الإنسان في سبيل ذلك من مشاق، وبحيث لا يصبح الإنسان في أي وقت من الأوقات، باسئاً عن أي عمل غير مشروع، أو مجرد مفكر فيه. ففي الإسلام لا يمكن الفصل بين النيات

(١) انظر البرهان القاطع في اثبات الصانع لمحمد بن إبراهيم الوزير، القاهرة ١٣٤٩ هـ ص ٣٩ - ٤٠.

(٢) انظر قسلة هذا الخروج في: فرقان القرآن للشيخ سلامة الغضامي الزماي، مطبعة السعادة ص ١١٠.

★ المقاصد والنيات ★

والمشارع والغايات والأهداف والبواعث والأخلاق وأوامر الله سبحانه وتعالى ونواهيه، فكل شيء يجب أن ينحو نحو تحقيق الفضيلة في أفعال الإنسان، والخير لكل بني البشر، وهذه أمور من صميم العقيدة، حيث يجب أن يجب المسلم لأخيه المسلم ما يحبه لنفسه، وحيث تهيمن القيم العليا في العبادات على كل حركات الناس في المجتمع، بحيث يصبح سلوكهم في عاداتهم أقرب ما يكون إلى العبادة، حيث أن نظرة الإنسان، إلى عمله، في الإسلام، يجب أن تركز على غاية موضوعية نبيلة، وبعبارة أخرى، فإن إرادة الإنسان، في الإسلام تستلزم انصرافها من خلال القصد النبيل أو النية الطيبة<sup>(١)</sup> إلى عمل تصوره الإنسان بحسب الإسلام تصوراً خيراً، وتغايته في أحداته بصدق لا يعرفه باطل أو زيف.

## ٢ - مثال على دور النية الصادقة في تحريك العزيمة الإيمانية صوب التوحيد :

ولقد كانت النية الصادقة مسألة راسخة في ذهن الشيخ الإمام محمد بن عبد الوهاب<sup>(٢)</sup> ليس فقط، وهو يرفع لواء التوحيد من جديد، مبعداً إياه عن دائرة الشرك، بل أيضاً في مؤلفاته، التي تنصص عن مدى صدق عقيدته، وصفاء نيته، وسلامة إرادته وغايته، في كل مجالات الشريعة وسواء تعلق الأمر بالعبادات أو المعاملات والعادات وغيرها.

ويطول المقام عند تتبع أمثلة لكل ذلك، ولكن حسب الإنسان أن يقف على ذلك، من خلال بعض الجزئيات التي تجلّي الحقيقة الكاملة، وفي ثنايا بعض الأفكار التي تلقي الضوء على الأبعاد الإيمانية التي كانت تحرك تلك النية الصادقة صوب أعماق عقيدة التوحيد. ففي مجال العقيدة، ضم كتاب التوحيد، على ما يلي، بياناً ساطعاً لدور النية في أداء العبادات التي هي أساس توحيد الألوهية<sup>(٣)</sup> وحسبنا بياناً لفكرة أن التوحيد يقتضي البعد عن الشرك بأنواعه الثلاثة ومنه الشرك الأكبر، الذي يتشعب إلى شرك الدعوة والشرك في الطاعة، ناهيك عماله صلة حرفية بهذا الموضوع وهو شرك النية أو الإرادة أو القصد ودليله قوله تعالى: ﴿من كان يريد الحياة الدنيا وزيتها نوف إليهم

(١) انظر في صدق القصد، مقدمة لطلاب الحسان في أمور الدين وشعب الإيمان، للشيخ عبد الملك الغني ١٣٠٤ هـ ص ١٠٤ وما بعدها.

(٢) انظر: مؤلفات الشيخ الإمام محمد بن عبد الوهاب، صنفها وأعدّها للتصحيح الأستاذة عبدالعزيز بن زيد الرومي ود. محمد بلطجي ود. سيد حجاب وغيرهم (من مطبوعات جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية - إسبوع الشيخ محمد بن عبد الوهاب).

(٣) المصدر السابق، القسم الأول، من ص ٧ حتى ١٥١.

أعمالهم فيها وهم فيها لا يتخسون<sup>(١)</sup> أولئك الذين ليس لهم في الآخرة إلا النار وحبط ما صنعوا فيها وباطل ما كانوا يعملون<sup>(٢)</sup> وهذا كاف الآن في تأكيد ما الحقنا إليه .

وهناك مجالات أخرى أبرز فيها الإمام دور النية الصادقة<sup>(٣)</sup> في تحقيق العبودية الحقيقية وهذه إشارة لا برزها مع الإشارة لبعض الآراء الفقهية .

ولكننا نسبق في هذا الصدد إلى القول إن النية إذا كانت تعني انصراف القصد إلى العمل تقريباً لله ، وطلباً لثوابه ، فإنها لا تنصرف فحسب إلى العمل ، بل تنصرف كذلك إلى المعمول له . وإذا كانت نية العمل ستكون موضع إشارات سريعة ، بحسب ما يقتضيه المقام ، فإن نية المعمول له ، تعني الإخلاص لله في كل ما يأتي العبد وما يذر وفي كل ما يقول ويفعل<sup>(٤)</sup> فمدار الأعمال النية ، والأعمال كلها لا تحصل ولا تكون إلا بنية عملها ونية الإخلاص لله في أدائها .

ولقد كانت نية العمل جليلة دائماً ، كنية الإخلاص لله سواء بسواء في كل كتابات أئمة الإسلام المخلصين ، وقد جمع ذلك كله وسلكه في منظومة فريدة شيخ الإسلام محمد بن عبد الوهاب ، ففي كتاب كشف الشبهات ينص على من ساءت نياتهم من «يتروكون المحكم ويتبعون المشابهة»<sup>(٥)</sup> ، وهذا جلي كذلك في مؤلفه ثلاثة الأصول<sup>(٦)</sup> ، فمعرفة الله والعمل ، والدعوة والصبر ، لا تتم إلا على أساس جوهرية هو الإخلاص<sup>(٧)</sup> ومثل ذلك يقال في مؤلفه القواعد الأربع<sup>(٨)</sup> ففيه ما يفضح مشركي زماننا وانهم أغلظ شركاً من الأولين لاستمرار سوء نيتهم فهم مشركون ليس في الشدة فقط بل في الرخاء

(١) سورة هود الآية ١٥ .

(٢) سورة هود الآية ١٦ .

(٣) ويلاحظ في هذا الصدد ما قاله الأمير عبدالقادر الجزائري في كتابه «المواقفه دله بلفظه ج ١ ط ٢ (١٩٦٦م) ص ١٧٧ إن الحق تبارك وتعالى لا يقبل الأعمال الصالحة إلا إذا صدرت من قلب صادق ولا يعاقب على الأعمال السيئة إلا تباً للغرب كذلك فإن الغريب لا تكون قرينة إلا مع النية . . . وهي القصد بمعنى حضور القلب المتلزم لحضور الرب . وكذلك السبيل لا تكون سبيل حقيقة في الدنيا والآخرة إلا مع القلب) ولذا ورد في الصحيح «رفع من أمني الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» .

(٤) الشيخ عبدالرحمن بن ناصر السعدي ، بحجة قلوب الأبرار وقررة عيون الأخيار في شرح جوامع الأخبار ، ١٤٠٥ هـ .

(٥) المصدر سابق الإشارة (مؤلفات الشيخ الإمام) ص ١٦١ .

(٦) المصدر السابق ص ١٨٥ وما بعدها .

(٧) وانظر الإشارات الإلهية لأبي حيان التوحيدي تحقيق د . واد القاضي ١٩٧٣م ص ٣١٤ «الطاعة الإخلاص» وص ٤٥ «ومن توجه إلى الله استسلم» .

(٨) المصدر المشار إليه ص ١٩٧ .

أيضاً<sup>(١)</sup> مع أن الحق يقتضي التيقن الدائم بأنه لا نجاة إلا بالتوحيد والإخلاص فيه<sup>(٢)</sup>، واليعد عن الابتداع<sup>(٣)</sup> ولا شك أن حسن النية لا يوجد إلا من خلال مصادر الشريعة الإسلامي<sup>(٤)</sup>، وبوجه خاص، التمسك بكتاب الله وسنة نبيه صلى الله عليه وسلم<sup>(٥)</sup>، فمن خلالها يتأكد أن النية الصادقة هي النية المنصرفة إلى عقيدة التوحيد<sup>(٦)</sup>، ومن هنا كانت النية شرطاً لطهارة الأحداث كلها<sup>(٧)</sup> فالإسلام دين تحكيم النية في كل مسائله<sup>(٨)</sup> ولذا فإن التيمم لا يصح إلا بنية<sup>(٩)</sup> ولا صلاة إلا بنية<sup>(١٠)</sup>، ولكن لا يتلفظ بها، ولا زكاة إلا بنية<sup>(١١)</sup> ولا يصح صوم الفرض أو التطوع إلا بنية، ولا اعتكاف إلا بنية<sup>(١٢)</sup> ولأزم ما تقدم أن نية المسلم في كل عباداته وعاداته ومعاملاته لا بد أن تكون نية حسنة لا نية سيئة وهذا يقودنا إلى الإشارة إلى مفهوم النيات الحسنة والنيات السيئة.

## ٢ - النيات الحسنة :

النية الحسنة هي تلك النية التي تتحرك في إطار امتثال أوامر الله واجتناب نواهيه. فهي نية تنفصل عن مؤثرات الخلق، لتصل بطاعات الخالق، اتصال عبادة وخضوع، وبعد عن الهوى، أو استرضاء الناس ومراءاتهم، إنها نية تصل العبد بالمعبود، والمخلوق بالخالق، صلة امتثال مستمر لا انفصال له ولا انفصام لعراه، ونية هذا شأنها لا بد أن تكون (سبباً قوياً للرزق)<sup>(١٣)</sup> وهو هبة الرزاق القادر.

- (١) السابق ص ١٩٧ - ٢٠٢.
- (٢) انظر الشيخ عبدالرحمن بن حسن آل الشيخ، منهاج التأسيس والتقليد يروماني ٣٠٩ ص ٤ وما بعدها وله أيضاً قوة عبود للموحدين.. ط ٢ دار مصر للطباعة ص ٢١.
- (٣) كتاب كشف الشبهات ضمن المصدر السابق ص ٢٠٧ / ٢٠٨.
- (٤) الشافعي (أبو إسحاق) الموافقات ج ٣ ط ٢ (١٣٩٥) ص ٥ وما بعدها ص ٣٤٥.
- (٥) د. ناصر بن عثيل جاسر الطريفي، القضاء في عهد عمر بن الخطاب ج ١ - ١٤٠١ ص ١٦ - ٨٩.
- (٦) د. علي عبدالحكم عبدالحمد، العقيدة الإسلامية ١٤٠٠ هـ الكويت ص ١٠ - ١٦.
- (٧) مؤلفات الشيخ الإمام محمد بن عبدالوهاب، القسم الثاني. باب الياء وانظر ص ٣٣، ٧١.
- (٨) د. ناصر بن عثيل بن جاسر الطريفي، القضاء في عهد عمر بن الخطاب ج ٢ ط ١٤٠٦ هـ ص ٦٥٦ وما بعدها بصد الإخلاص في القضاء.
- (٩) المفتي لابن قدامة (ج ١) ص ١١٠ - ١١٤، ص ٢٥١ و٢٦٣ وانظر الشيخ محمد بن عبدالوهاب في المصدر السابق قسم ٢ مجلد ١ ص ١١٢ - ١١٣.
- (١٠) انظر المفتي ج ٢ ص ٤٦٤ وما بعدها.
- (١١) السابق، ص ٦٣٨ - ٦٤٠.
- (١٢) المصدر السابق ج ٣ ص ١٨٤ وما بعدها.
- (١٣) الشيخ عبدالرحمن السعدي، حجة قلوب الأبرار وقرعة حيون الأخبار في شرح جوامع الأخبار، ١٤٠٥ هـ من مطبوعات الرئاسة العامة لإدارات البحوث: ص ١٠.



فالثنية الحسنة تمثل أوامر الله كلها وتجتنب نواهيه كلها، تحقيقاً لمشيئة الله منها، وهي تحقيق رسالة الإسلام، التي من أجلها خلق الله الإنس والجن، مصداقاً لقوله تعالى: ﴿ وما خلقت الجن والإنس إلا ليعبدون ﴾<sup>(١)</sup> ومن أجل ذلك فإن الثنية الحسنة تنفصل عن مؤثرات الخلق باغراءاتها المادية لتتصل بموجبات طاعة الخالق، ومقتضياتها في الحياة الدنيا، وفي الآخرة، ولذا فإنها نية تتخذ الإخلاص لله ديدناً، والاتجاه إليه وحده بحسبان ذلك من العقيدة والدين. قال تعالى: ﴿ فاعبد الله مخلصاً له الدين ﴾<sup>(٢)</sup>.

وقال سبحانه: ﴿ وادعوه مخلصين له الدين ﴾<sup>(٣)</sup> وانفصال النية عن مؤثرات الخلق يستلزم تحرر العبد من آراء الناس، فهو يعمل العمل دون أن يهدف إلى مراعاة الناس حتى لا يكون ممن قال الله فيهم: ﴿ يرامون الناس ﴾<sup>(٤)</sup> وهو يقدم على الفعل لا خشية من أحد من البشر، وإنما خشية من الله وحده، حتى يكون ممن قال الله فيهم: ﴿ .. ويخشونه ولا يخشون أحداً إلا الله ﴾<sup>(٥)</sup> وهو يبدل الخير للناس لوجه الله وحده دون أن ينتظر منهم الجزاء أو الشكر<sup>(٦)</sup>.

والنية الطيبة عندما تنفصل عن مؤثرات الخلق، سواء بالبعد عن الخشية منهم أو المراءاة لهم، فإنها تتصل في ذات الوقت بالله سبحانه اتصال عبادة، تحرك كل جوارح الإنسان ليظل قلبه عامراً بخشية الديان وحده، وإخلاص العبادة له وجعل عاداته أشبه ما تكون بالعبادة إن لم يصل بها إلى مرتبة العبادة، فالعبد ينفق ابتغاء مرضاة الله، لينال الأجر العظيم، وهو يؤتي الزكاة يريد بها وجه الله، وهو لا يسجد إلا لله، ولا يركع لأحد سواه، وهو لا يبيع لكي يقال إنه قد حج البيت، وإنما يبيع بدافع من إخلاص العبادة لله، في كل أركانها. وهو لا يأخذ زيته عند كل مسجد إلا لكي يكون في الصورة التي ترضي الله، وهو لا يصف في أكله أو شربه لا خوفاً من فقر ولا رغبة في تقشير أو تفصيل على النفس وإنما ليكون ممن يحبهم الله طالما أن الله سبحانه وتعالى لا يحب المسرفين، وهو في نفس الوقت لا يحرم زينة أخرجهها الله لعباده، أو طيبات من

(١) سورة الفاتحة آية ٥٦.

(٢) سورة الزمر من الآية ٢.

(٣) سورة الأعراف من الآية ٢٩.

(٤) سورة النساء من الآية ١٤٢.

(٥) سورة الأحزاب من الآية ٣٩.

(٦) د. محمد عبد الله دوازه دستور الأخلاق في القرآن الكريم، تعريب عن الفرنسية وتحقيق د. عبد الصبور شاهين ط ٦ (١٤٠٥ هـ) ص ٤٥٠ في تفصيل النية على العمل.

\* المقاصد والنيات \*

الرزق، طالما ظل بعيداً عن نية الإسراف.

والعبد المؤمن يزرع ويتاجر ويصنع ويبحث ويكتشف ويصنع معالم حضارة إسلامية، ويطور وينمي، لا بحثاً عن جاه أو سلطان، وإنما تحقيقاً لموجب نداء الإيمان في أعماق الإنسان، فقد سخر الله للإنسان كل ما في السموات وما في الأرض، وعليه أن يؤدي الأمانة بالنية الطيبة، ليتحقق مقتضى قوله تعالى: ﴿وَسَخَّرَ لَكُمْ مَا فِي السَّمَاوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعاً مِنْهُ﴾<sup>(١)</sup>. وحتى لا يكون عبداً للشهوات، التي تفسد عليه نواياه، وتحول بينه وبين جني ثمرات العمل الصالح، وبالجمللة فإن حب الرجل للشهوات قد ينصرف إلى النساء فيفسد نيته، أو إلى الأولاد فيضل غايته، أو إلى المال ذهباً وفضة فيثني ارادته، أو إلى الخيل والأنعام والحراث، فيقبل على متاع الحياة الدنيا وينس الله، ولا تمثل حكمته، وهي التي تتجلى في أمور كثيرة منها أن الله سبحانه وتعالى ما خلق الجن والإنس إلا لعبادته، ولا عبادة حقة، إلا بقلب سليم، ونية صادقة حسنة، تمتع الإنسان من عبادة غير الديان، كعبادة الهوى، ولكي لا يصدق فيه قول الله تعالى: ﴿أَرَأَيْتَ مَنْ اتَّخَذَ إِلَهَهُ هَوَاهُ...﴾<sup>(٢)</sup>، وتحول (أي النية الصادقة الحسنة) دون اتیان العمل العبادي عن كراهية يتنفي معها الخير لاتنفاء الإخلاص كما في قوله سبحانه: ﴿وَلَا يَنْفَقُونَ إِلَّا هُمْ كَارِهُونَ﴾<sup>(٣)</sup>.

والعبد المؤمن، ذو النية الحسنة، هو الذي يختار الخير ولا يستعمل غير المباح، ولا يقبل إلا على كل ما يتفق مع الشرع، حيث تعصم النية الحسنة الإنسان عن الهوى، وتقيه من شر استبداد العاطفة، وبخاصة أمام الحاجات الفطرية للإنسان. حيث تنحصر تلك النية بأسس الشريعة الإسلامية، وأخلاقيات الإسلام، فلا تكون حياة الإنسان مجرد متع رخيصة، بل تكون انعكاساً صادقاً للحكمة الإسلامية الكامنة وراء التكاليف الشرعية، فيكون للمسلم وهو يعبد الله أن يعيش وأن يتنعم، في إطار من حسن النية، وعدم الزيف أو الإنحراف عن مبادئ الإسلام.

ولعل حسن النية هذا، هو الذي أورث أهل الصفة التعفف فقد كانوا: ﴿لَا يَسْأَلُونَ النَّاسَ لِلْحَافِ﴾<sup>(٤)</sup> وهو الذي حجب نفراً من المؤمنين في أن يببوا ما هم في أمس الحاجة إليه، وقال تعالى فيهم: ﴿وَيُؤْثِرُونَ عَلَى أَنْفُسِهِمْ وَلَوْ كَانَ بِهِمْ خَصَاصَةٌ﴾<sup>(٥)</sup>.

(١) سورة الجاثية من الآية ١٣.

(٢) سورة الفرقان من الآية ٤٣.

(٣) سورة التوبة من الآية ٥٤.

(٤) سورة البقرة من الآية ٢٧٣.

(٥) سورة الحشر من الآية ٩.

وحسن النية هو الذي يجعل اجلال الله سبحانه وتعالى قائماً على الطاعة، أملاً في التقرب إلى الله، ومعرفة حق المعرفة وهذا لا يحدث لمن يريد الحياة الدنيا، وإنما يحدث لمن يريد الآخرة، يقول الغزالي في الإحياء<sup>(١)</sup> «وأما الطاعة على نية اجلال الله تعالى، لاستحقاقه الطاعة والعبودية، فلا تيسر للراغب في الدنيا، وهذه أعز النيات، ويعز على بساط الأرض من يفهمها، فضلاً عن يتعاطاها وعلى ذلك فمن حسن النية الأمثال لأوامر الله، واجتناب نواهيه، لا بحثاً عن مصلحة تضاف للإنسان، بل امتثالاً للحكمة التي أَرادها الديان من التكليف، ولا شك أن هذا يقتضي الإخلاص من الإنسان، إخلاصاً يضاف القصد منه إلى الله، لا إخلاصاً يستهدف شيئاً من ثمار هذه الحياة، حتى ولو تمثلت هذه الثمرة في الحكمة المنشودة التي قد يرتقي بها الإنسان بين أترابه. ويمكن في هذا الصدد ضرب مثال بحكاية التقي المخدوع، فقد سمع : (أن من أخلص لله أربعين صباحاً، ظهرت ينابيع الحكمة من قلبه على لسانه) فأخذ - بزعمه - في الإخلاص لئال الحكمة، فتم الأمد، ولم تأت الحكمة، فسأل عن ذلك، فقيل له: إنما أخلصت للحكمة، ولم تخلص لله»<sup>(٢)</sup>.

وحسن النية، هو أعظم ترياق لادواء التمزق والقلق والسطح على القضاء، طالما أن النية الحسنة تجعل الإنسان يقبل على العمل باخلاص وتفان، وكل ما عدا ذلك إلى الله، فيكون همه ما واحداً، فيصدق فيه قول رسول الله ﷺ «من جعل المومهماً واحداً، كفاه الله ما أهمه من أمر الدنيا والآخرة، ومن تشاعبت به الموم لم يبال الله في أي أودية الدنيا هلك»<sup>(١)</sup>. وجعل المومهماً واحداً لا ينفي تطلع المسلم إلى غاية عمله، ومراده وأمله، ولكن ذلك يجب أن يكون مقروناً بتسليم النتائج إلى الله، وعدم الحزن أو بضع النفس على أمر لم يتحقق، وعدم الضيق من مكر الماكرين، وعدم الزيف عن طريق الدين المتين.

وحسن النية هو الإطار الذي يجب أن يحدد مجال الجهاد في سبيل الله وفي هذا أبسط رد أكفاه على أعداء الإسلام وأعداء الله، فالجهاد ماضٍ إلى يوم القيامة، ولكنه جهاد له غاية يتوسلها كل مجاهد، وهذه الغاية تتمثل في وجوب أن تكون كلمة الله هي العليا، فقد حدد ﷺ مفهوم الجهاد في سبيل الله بقوله: «من قاتل لتكون كلمة الله هي

(١) ط الحلي ٤ / ٣٦٣.

(٢) المرافقات ط ١ - ج ١ / ٢١٩ - ٢٢٠).

1. 2. 3. 4. 5. 6. 7. 8. 9. 10. 11. 12. 13. 14. 15. 16. 17. 18. 19. 20. 21. 22. 23. 24. 25. 26. 27. 28. 29. 30. 31. 32. 33. 34. 35. 36. 37. 38. 39. 40. 41. 42. 43. 44. 45. 46. 47. 48. 49. 50. 51. 52. 53. 54. 55. 56. 57. 58. 59. 60. 61. 62. 63. 64. 65. 66. 67. 68. 69. 70. 71. 72. 73. 74. 75. 76. 77. 78. 79. 80. 81. 82. 83. 84. 85. 86. 87. 88. 89. 90. 91. 92. 93. 94. 95. 96. 97. 98. 99. 100. 101. 102. 103. 104. 105. 106. 107. 108. 109. 110. 111. 112. 113. 114. 115. 116. 117. 118. 119. 120. 121. 122. 123. 124. 125. 126. 127. 128. 129. 130. 131. 132. 133. 134. 135. 136. 137. 138. 139. 140. 141. 142. 143. 144. 145. 146. 147. 148. 149. 150. 151. 152. 153. 154. 155. 156. 157. 158. 159. 160. 161. 162. 163. 164. 165. 166. 167. 168. 169. 170. 171. 172. 173. 174. 175. 176. 177. 178. 179. 180. 181. 182. 183. 184. 185. 186. 187. 188. 189. 190. 191. 192. 193. 194. 195. 196. 197. 198. 199. 200. 201. 202. 203. 204. 205. 206. 207. 208. 209. 210. 211. 212. 213. 214. 215. 216. 217. 218. 219. 220. 221. 222. 223. 224. 225. 226. 227. 228. 229. 230. 231. 232. 233. 234. 235. 236. 237. 238. 239. 240. 241. 242. 243. 244. 245. 246. 247. 248. 249. 250. 251. 252. 253. 254. 255. 256. 257. 258. 259. 260. 261. 262. 263. 264. 265. 266. 267. 268. 269. 270. 271. 272. 273. 274. 275. 276. 277. 278. 279. 280. 281. 282. 283. 284. 285. 286. 287. 288. 289. 290. 291. 292. 293. 294. 295. 296. 297. 298. 299. 300. 301. 302. 303. 304. 305. 306. 307. 308. 309. 310. 311. 312. 313. 314. 315. 316. 317. 318. 319. 320. 321. 322. 323. 324. 325. 326. 327. 328. 329. 330. 331. 332. 333. 334. 335. 336. 337. 338. 339. 340. 341. 342. 343. 344. 345. 346. 347. 348. 349. 350. 351. 352. 353. 354. 355. 356. 357. 358. 359. 360. 361. 362. 363. 364. 365. 366. 367. 368. 369. 370. 371. 372. 373. 374. 375. 376. 377. 378. 379. 380. 381. 382. 383. 384. 385. 386. 387. 388. 389. 390. 391. 392. 393. 394. 395. 396. 397. 398. 399. 400. 401. 402. 403. 404. 405. 406. 407. 408. 409. 410. 411. 412. 413. 414. 415. 416. 417. 418. 419. 420. 421. 422. 423. 424. 425. 426. 427. 428. 429. 430. 431. 432. 433. 434. 435. 436. 437. 438. 439. 440. 441. 442. 443. 444. 445. 446. 447. 448. 449. 450. 451. 452. 453. 454. 455. 456. 457. 458. 459. 460. 461. 462. 463. 464. 465. 466. 467. 468. 469. 470. 471. 472. 473. 474. 475. 476. 477. 478. 479. 480. 481. 482. 483. 484. 485. 486. 487. 488. 489. 490. 491. 492. 493. 494. 495. 496. 497. 498. 499. 500. 501. 502. 503. 504. 505. 506. 507. 508. 509. 510. 511. 512. 513. 514. 515. 516. 517. 518. 519. 520. 521. 522. 523. 524. 525. 526. 527. 528. 529. 530. 531. 532. 533. 534. 535. 536. 537. 538. 539. 540. 541. 542. 543. 544. 545. 546. 547. 548. 549. 550. 551. 552. 553. 554. 555. 556. 557. 558. 559. 560. 561. 562. 563. 564. 565. 566. 567. 568. 569. 570. 571. 572. 573. 574. 575. 576. 577. 578. 579. 580. 581. 582. 583. 584. 585. 586. 587. 588. 589. 590. 591. 592. 593. 594. 595. 596. 597. 598. 599. 600. 601. 602. 603. 604. 605. 606. 607. 608. 609. 610. 611. 612. 613. 614. 615. 616. 617. 618. 619. 620. 621. 622. 623. 624. 625. 626. 627. 628. 629. 630. 631. 632. 633. 634. 635. 636. 637. 638. 639. 640. 641. 642. 643. 644. 645. 646. 647. 648. 649. 650. 651. 652. 653. 654. 655. 656. 657. 658. 659. 660. 661. 662. 663. 664. 665. 666. 667. 668. 669. 670. 671. 672. 673. 674. 675. 676. 677. 678. 679. 680. 681. 682. 683. 684. 685. 686. 687. 688. 689. 690. 691. 692. 693. 694. 695. 696. 697. 698. 699. 700. 701. 702. 703. 704. 705. 706. 707. 708. 709. 710. 711. 712. 713. 714. 715. 716. 717. 718. 719. 720. 721. 722. 723. 724. 725. 726. 727. 728. 729. 730. 731. 732. 733. 734. 735. 736. 737. 738. 739. 740. 741. 742. 743. 744. 745. 746. 747. 748. 749. 750. 751. 752. 753. 754. 755. 756. 757. 758. 759. 760. 761. 762. 763. 764. 765. 766. 767. 768. 769. 770. 771. 772. 773. 774. 775. 776. 777. 778. 779. 780. 781. 782. 783. 784. 785. 786. 787. 788. 789. 790. 791. 792. 793. 794. 795. 796. 797. 798. 799. 800. 801. 802. 803. 804. 805. 806. 807. 808. 809. 810. 811. 812. 813. 814. 815. 816. 817. 818. 819. 820. 821. 822. 823. 824. 825. 826. 827. 828. 829. 830. 831. 832. 833. 834. 835. 836. 837. 838. 839. 840. 84

\* المقاصد والنيات \*

العليا فهو في سبيل الله»<sup>(١)</sup>.

ومن هذا المنطلق يمكن للناس أن تعي حقيقة منطلق الجهاد في الإسلام، حيث ورد قوله تعالى: ﴿وَمَا لَكُمْ لَا تقاتلون في سبيل الله والمستضعفين من الرجال والنساء والولدان﴾<sup>(٢)</sup> وقوله جل شأنه: ﴿وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ويكون الدين لله﴾<sup>(٣)</sup>. فالمسلم عندما يجاهد، فإنما يجاهد في سبيل الله، لكي تكون كلمة الله هي العليا، مدركاً أن ما يتفياه عدل كله، ومعقول كله، لأنه لا عدوان فيه وإنما هو أحياء لمنهج الله الذي لن يستقيم الكون إلا به، وتلك حكمة يمكن اكتشافها أو استظهارها، ولكن العقل بعد ذلك، لا يمكنه بحال من الأحوال أن يفهم كل حكم وأهداف التشريع الإسلامي، ولذا يلزم الإنسان المؤمن ذي النية الحسنة أن تظل فكرته عن تشريع الله في كافة مجالات الحياة، إنه التشريع الأكمل والأعظم والأقدر على حل مشكلات الناس مهما خفيت حكمة بعضه أو معظم أحكامه علينا، طالما إننا بشر، فينا قصور يجعلنا غير قادرين على الاحاطة بحكم حكم الله سبحانه.

إن النية الحسنة تنطلق دائماً من نفس مطمئنة، وضمير حي مستنير، وأخلاق إسلامية واعية، وتأديب رباني خالدة، وثقة مطلقة في أوامر الله ونواهيه، وفي أن حكمة التشريع قد لا تدرك، ولكن ذلك لا يعني أي نقص فيه، لأنه تكفي الثقة في الخالق ليتحقق الخير للمخلوق - قال تعالى: ﴿ولو أننا كُتِبنا عليهم أن يقتلوا أنفسهم أو أخرجوا من دياركم ما فعلوه إلا قليل منهم ولو أنهم فعلوا ما يوعظون به لكان خيراً لهم وأشد ثبوتاً﴾<sup>(٤)</sup>. كما أن النية الحسنة تنطلق دائماً من نفس واثقة في عدل شرع الله، والتسليم بحكم الله سبحانه وتعالى، فالمؤمن يخضع لشرع الله، ثقة فيه واطمئناناً لعدله، وتيقناً بأن فيه علاج كل مشكلات الناس، الذين حسنت نواياهم، فأرادوا خير الإسلام كله، لا مجرد خيرهم الفردي، وعز الإسلام كله، لا مجرد عزهم الفردي، ومجد الإسلام كله لا مجرد مجدهم الشخصي، وهذا يعني أن النية الحسنة تتوق للخير العام، لأنها تصدر عن استعداد فطري له أساسه الإيمان بأنه ثمرة تشريع عادل، وطاعة واعية غير مهترئة، تتق أن الخير العام لا بد أن ينبثق عنه خير خاص ومنفعة خاصة في الدنيا، ونعيم أبدي مقيم في الآخرة، لأن النية الحسنة، موصولة بالله سبحانه، فهو مصدر الخير الأسمى والأبدى، ومبدع الكون، فاطره، وجاعل استقامته منوطة بمنهج

(١) صحيح مسلم ج ١٣ ص ٤٩.

(٢) سورة النساء من الآية ٧٥.

(٣) سورة البقرة من الآية ١٩٣.

(٤) سورة النساء من الآية ٦٦.

يجب التسليم به، ثقة فيه، وإيماناً بعنايته.

#### ٤ - النيات السيئة :

النية السيئة هي نية تتكبد طريق الخير العام والفضيلة الإنسانية، لأنها لا تستجيب لقصد الشارع الحكيم، ولا تتبع الصراط المستقيم، بل تنغيص الأضرار بالغير، أو تستهدف مجرد مرآة الناس<sup>(١)</sup>، خلافاً لقوله: ﴿وَأَنْ هَذَا صِرَاطِي مُسْتَقِيماً فَاتَّبِعُوهُ وَلَا تَتَّبِعُوا السُّبُلَ فَتَفَرَّقَ بِكُمْ عَنْ سَبِيلِهِ﴾<sup>(٢)</sup>.

فالنية السيئة تنغيص الأضرار بالغير، على خلاف مقتضى قوله ﷺ ولا ضرر ولا ضراره<sup>(٣)</sup>، ونكتفي الآن بالقول أنه لا يوجد عاقل في الكون يستطيع أن يسبغ على الضرر وصف الخير، ومن أعظم مظاهر الضرر التي تشف عن سوء النية في وقتنا الحاضر، خنق بعض الدول الإسلامية صوت الحكمة التشريعية الإلهية، عن طريق استبدال الذي هو أدنى والذي هو خير والزام القضية بتطبيق غير شرع الله، مما هو من صنع البشر، فإن لمخلوق مهما بلغت مكانته العلمية، أن يدرك حكمة الخالق العلية، في أحكام الشريعة الإسلامية. إن الأمر جد لا هزل ولن يزيل الله الغمة إلا بالعودة إلى طريقه، والإنهاء عن استيراد القوانين الوضعية، وجعلها قيداً على حركة الحكمة التشريعية الإسلامية. ماذا يبقى لنا من وصف الإيمان، إذا نحن حكمنا قوانين الغرب فينا، بينما يوجد بين ظهرائنا شرع الحكيم الخبير. أليس ذلك مخالفة صريحة لعموم مقتضى النبي في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُواً﴾<sup>(٤)</sup>، إن صلاح الأسرة لا يتم إلا بتطبيق شرع الله<sup>(٥)</sup> وسلامة الاقتصاد لن تتأكد إلا بأعمال منبج الله في الصدقات والزكاة وتحريم ما حرم الله من ربا وتصرفات ضارة، ومعاملات الناس لن تصح إلا باتباع قواعد الشريعة، وحقوق الناس لن تصان إلا بالوقوف على مقتضى أوامر الله ونواهيه، من أمر بالوفاء بالعقود، ونهي عن أكل أموال الناس بالباطل، وعدم الظلم أو التعدي أو الغصب أو انتهاك مال الغير، وما يستلزمه ذلك من تطبيق شرع الله وحدوده. فليس لمسلم أبداً أن يتتوي الحصول على كسب غير مشروع وليس لحاكم

(١) الصلاة، مقال للشيخ علي الكليب، ضمن كتاب مجموعة رسائل في الصلاة، طبع ونشر الرئاسة العامة لإدارات البحوث... (١٤٠٥ هـ ص ١٩٧ وما بعدها والحديث ص ٢٠٩).

(٢) سورة الأنعام من الآية ١٥٣.

(٣) موطأ مالك/ كتاب الأفضية. باب ٢٦.

(٤) سورة البقرة من الآية ٢٢١.

(٥) الشيخ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية ١٣٧٧ هـ ص ٦ وما بعدها.

أبدأ أن يهدر نسا يحول دون مجرد انتواء ذلك وإلا فلماذا كان قوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾<sup>(١)</sup> أو لماذا كان قوله سبحانه: ﴿وأحل الله البيع وحرم الربا﴾<sup>(٢)</sup> وقوله جل شأنه ﴿يحق لله الربا ويرى الصدقات﴾<sup>(٣)</sup> وقوله عز من قائل: ﴿يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقي من الربا إن كنتم مؤمنين﴾<sup>(٤)</sup> ﴿فإن لم تفعلوا فأذنوا بحرب من الله ورسوله وإن تبتم فلكم رءوس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون﴾<sup>(٥)</sup> إن الربا محرم قطعاً في الشريعة، لأن القرض معاونة وأخذ الربا ينفي عنه هذه الصفة ويجعله إلى أداة استغلال وأكل لأموال الناس بالباطل، وكل معاملة أو وسيلة تفضي إلى ذلك فهي باطلة<sup>(٦)</sup>.

والنية السيئة تستهدف مجرد مراعاة الناس. فالمرائي يكون دائماً في حاجة إلى أن يعرض على الناس مفاخره، حتى يراها الناس، ويأخذهم الإعجاب بها، فالمرائي ينشد ثمن مفاخره في تقدير الناس، فهو إن أنفق ماله لا يبتغي به وجه الله وهو إن صل لا ينشد بصلاته مرضاة الله، بل هو يبتغي بإنفاقه، وينشد بصلاته وسائر تصرفاته مدح الناس له واعجابهم به. وهذا منهي عنه شرعاً، وقد توعد الله من أثناءه. قال تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا لا تبطلوا صدقاتكم بالبن والاذى كالذي يتفق ماله رثاء الناس﴾<sup>(٧)</sup> وقال سبحانه: ﴿قويل للمصلين﴾<sup>(٨)</sup> ﴿الذين هم عن صلاتهم ساهون﴾<sup>(٩)</sup> ﴿الذين هم يراعون﴾<sup>(١٠)</sup>

فنية المرائي ليست نية سيئة فقط، بل نية خريبة كذلك، ولذا فمن أوائل من تسعر بهم نار جهنم من المراءين من قاتل ليقال عنه إنه جريء، ومن تعلم ليقال هو قاريء ومن أنفق ليقول الناس عنه إنه جواد. فقد ورد في صحيح مسلم، في كتاب الجهاد وكتاب الأمانة (باب ٤٣) أن رسول الله ﷺ ذكر من أول خلق الله الذين تسعر بهم

(١) سورة النساء من الآية ٢٩.

(٢) سورة البقرة من الآية ٢٧٥.

(٣) سورة البقرة من الآية ٢٧٦.

(٤) سورة البقرة من الآية ٢٧٨.

(٥) سورة البقرة من الآية ٢٧٩.

(٦) د. يوسف حامد العالم، حكمة تحريم الربا ١ (جامعة أم درمان الإسلامية) ص ٨ وما بعدها.

(٧) سورة البقرة من الآية ٢٦٤.

(٨) سورة الماعون آية ٤.

(٩) سورة الماعون آية ٥.

(١٠) سورة الماعون آية ٦.

**الأول :** «رجل استشهد فأتى به، فعرفه نعمه، فعرفها، قال: فما عملت فيها؟ قال: قاتلت فيك حتى استشهدت، قال: كذبت، ولكنك قاتلت لأن يقال: جريء، فقد قيل ثم أمر به فسحب على وجهه حتى ألقي في النار».

**الثاني :** «رجل تعلم العلم وعلمه، وقرأ القرآن، فأُتي به، فعرفه نعمه، فعرفها، قال: فما فعلت فيها؟ قال: تعلمت العلم وعلمته، وقرأت فيك القرآن. قال: كذبت ولكنك تعلمت العلم ليقال: عالم، وقرأت القرآن ليقال: هو قارئ» فقد قيل، ثم أمر به فسحب على وجهه حتى ألقي في النار».

الثالث : ورجل وسع الله عليه، وأعطاه من أصناف المال كله، فأتى به، فعرفه نعمة فعرفها، قال فيها عملت فيها؟ قال ما تركت من سبيل تحب أن يتفق فيها، إلا أنفقت فيها لك، قال: كذبت، ولكنك فعلت ليقال: هو جواد، فقد قيل، ثم أمر به فسحب على وجهه، ثم القي في النار.

كذلك فقد روى النسائي عن أبي أسامة الباهلي قال: جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال: «أريت رجلاً غزاً ياتمس الأجر والذكر» . قال: «ألا صل الله عليه وسلم: ولا شيء له» ثم قال: «إن الله لا يقبل من العمل إلا ما كان له خالصاً، وابتنى به وجهه» (١).

وهناك بيان إغني بدلك أيضاً نجد في حديث قدسي، عن أبي هريرة رضي الله عنه، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «قال الله تبارك وتعالى: أنا أغنى الشركاء عن الشرك من عمل عملاً أشرك فيه معي غيري تركته وشركه»<sup>(٢)</sup>.

ولكن ليس للمسلم أن يخاف إن أسر العمل، لا يجب أن يطلع عليه أحد، فيطلع عليه الناس بعد أن يتم فيسره ذلك. فقد قال رسول الله ﷺ عن مثل هذا الرجل «إن له أجران، أجر السر، وأجر العلانية»<sup>(٣)</sup>.

(١) سن النائي - كتاب الجهاد - باب من غزا يلتمس الأجر والمكرم

(۲) صحیح مسلم - کتاب الزہد - باب ۵ .

(٣) سنن الترمذي - كتاب الزهد - باب أعمال السر

★ المقاصد والنيات ★

كذلك فإنه ليس على الحاج إن هو اشتغل، إلى حد مخلود بحياته المادية، كأن يتاجر مثلاً، خلال اشتغاله بواجب روحي هو الحج، طالما ظل الحج هو الأساس، وكان هو الغاية، وظل هو المهيمن على حركة الإنسان، فالحاج يمكن أن يشهد في الحج المنافع، وهذا منصوص عليه صراحة في القرآن. قال تعالى: ﴿وَأَذِّنْ فِي النَّاسِ بِالْحَجِّ يَأْتُوكَ رِجَالًا وَعَلَى كُلِّ ضَامِرٍ يَأْتِينَ مِنْ كُلِّ فَجٍّ عَمِيقٍ﴾<sup>(١)</sup> ﴿لِيَشْهَدُوا مَنَافِعَ لَهُمْ وَيَذْكُرُوا اسْمَ اللَّهِ﴾<sup>(٢)</sup> وقد قال سبحانه: ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَبْتَغُوا فَضْلًا مِنْ رَبِّكُمْ﴾<sup>(٣)</sup>.

ويلاحظ أن هناك أموراً يتنفي بها سوء النية كالأضرار، قال تعالى: ﴿فَمَنْ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾<sup>(٤)</sup> كما أن هناك سلاح يعصم النفي من الفسخ بقتله ومحوه دون سوء نيته، وهذا السلاح هو التقوى، فيها يكون النفي أمراً لا بأس به. قال ﷺ «لا بأس بالنفي لمن اتقى»<sup>(٥)</sup>. كذلك فإن استعمال أدوات الرفاهية استعمالاً معتدلاً لا تطرف فيه، لا يتوافر معه سوء النية. لقوله ﷺ «إن الله يحب أن يرى أثر نعمته على عبده»<sup>(٦)</sup>. كذلك فإن إتيان الرخص يتنفي بها سوء النية. فقد قال ﷺ «إن الله يحب أن تؤز رخصه كما يكره أن تؤز معصيته»<sup>(٧)</sup>. فالنية في هذه الحالات لا تؤدي إلى فساد في القلب يذهب بالاستقامة، ولا تقضي إلى انحراف عن الجادة يذهب بالدين، ولا تنكر نعم الله ولا تنكر لسنن نبيه، ولكن الحذر الحذر مما يحدث الآن من تهاون استناداً إلى قالة سلامة النية بلا فهم لمضمون ذلك، كما في حالات البدع التي قد تتمكن بمشيئة الله من ذكر شيء عنها وإنها لا يمكن البتة أن تصدر عن نية سليمة<sup>(٨)</sup>.

(١) سورة الحج آية ٢٧.

(٢) سورة الحج من الآية ٢٨.

(٣) سورة البقرة من الآية ١٩٨.

(٤) سورة المائدة من الآية ٣.

(٥) سنن ابن ماجه - كتاب التجارة - باب ١.

(٦) انظر في مظهر المسلم الشيخ لبا بكر الجزائري في مؤلفه: رسائل الجزائري ط ١٤٠١ هـ من ٥٦٧.

٥٦٩. سنن الترمذي - كتاب الأدب - باب ٥٣.

(٧) مسند الإمام أحمد عن ابن عمر حديث رقم ٥٨٦٦، ٥٨٧٣.

(٨) وانظر الأحاديث الشريفة وشروحها الواردة في ذم التقليد الأعمى والتنافس على الدنيا والفتنة بالنساء وكثرة السؤال والتشدد والاختلاف في الكتاب والتبرك بالأشجار وغيرها ولتخاذ القبر مسجداً والأعياد المبتدعة، كتب مختارة بين الإسلام والتصراتية، ١٤٠٧ هـ طبع الرسالة العامة لادارات البحوث... ص ٤٦٦ - ٤٧٩.



#### ٤ - النية هي أساس التلقي الصحيح للحقيقة الإيمانية :

كثير من الناس الذين حق عليهم الضلال، يحاربون فكر الإسلام، انطلاقاً من -حقده عليه، ويخص حقائقه: لأنها الحقائق الوحيدة الثابتة في هذا الكون، ولذلك تسوء نياتهم وهم ينفثون سموهم ضد أهم حقائق الإسلام، وأعني بها الحقيقة الإيمانية، تلك الحقيقة التي تقوم على مبدأ التوحيد<sup>(١)</sup>، الذي يجعل التلقي مخلصاً في نيته، فلا يضل بضلال الفكر البشري الذي ينشأ بمعزل عن العقيدة، فيكون جزئي النظر، قاصر التصور، متزعزع الفكرة.

ومن أجل هذا فإن الداعية إلى الله، يجب أن يبحث في أعماق نية الذين يتلقون عنه الحقيقة الإيمانية، فإن وجدهم متطوئين على نيات حسنة، كان له أن يتقن أنه أمام أساس صحيح لتلقي الحقيقة الإيمانية، بما لها من مرتكزات، وبما فيها من أبعاد، وبما تنطوي عليه من تكاليف، فهذه النية الحسنة يشرح الله الصدور للإيمان، ويبيها لتلقي كل ما فيه من أسس الهداية، ودوافع العمل المخلص في الدنيا، لنيل النعيم المقيم في الآخرة.

أما إن وجد الداعية، إنه أمام قلوب غلف وآذان صم، تمجست بغير الإيمان... وساءت منهم القصد، وجادلوا في آيات الله بغير سلطان آتاهم، فليعلم أنه إزاء نيات غير سليمة، وقصد سيئة غير سوية ولا مستقيمة، وهؤلاء هم أحسن الذين يدعون إلى الله لأهم يدعون فلا يستجيبون، وأسوأ الذين تتلى عليهم آيات الله لأنها تتلى عليهم فلا يفقهون، وهما ينقذ من داح الله على قلبه، قال تعالى: ﴿لَا يَفْقَهُوا شيئا﴾.

ويضم سوء النيات، ثنائ الداعية ما زرع بانيده بالقرآن الكريم والسنة النبوية الطاهرة<sup>(٢)</sup>، يحاول ما استطاع يبنى كتاب الله أن يجعل من يدعوه إلى الله، يشعر بهزيمة العبد وهو يتحرر من العبودية لله، خلق، ولا يفضح شخص عبادته لغير الخالق. ويجب على الداعية أن يجرد لشاعر الطيبة في الشئوس الخبيثة، لكي يجاهد المدعو إلى الله نفسه الأمارة بالسوء، ويذلل الشهوات، المنحطة منها، ويغالب ضعفها، ويعملها تنطع عن كل شيء إلا الله، مصداقاً لهداية، وأساس الانطلاق صوب العقيدة نصالته من يستحق الله بحق، لأنه هو الذي هبنا لتلقي الحقيقة الإيمانية، دون أن يكون بنا كائن نحن أن نتمن عليه، ياد الله. أو مجردة الطريق الحق أمامنا، مصداقاً

(١) انظر: احسان المي ظهير، القاديانية ١٤٠٤ هـ، ص ٦٤ - ١٥ في التحذير من غاثر هؤلاء.

(٢) عدنان النحوي، دور المنهج الرباني في الدعوة الإسلامية ط ٣ (١٤٠٤ هـ) ص ١١٧.

لتزله تعالى: ﴿يَمُنُّونَ عَلَيْكَ أَنْ أَسْلَمُوا قَل لَّا تَمْنُوا عَلَيَّ إِسْلَامَكُمْ بَلِ اللَّهُ يَمُنُّ عَلَيْكُمْ أَنْ هَذَا كَمُ لِلْإِيمَانِ إِنْ كُنْتُمْ صَادِقِينَ﴾<sup>(١)</sup>.

على الداعية أن يبين للمتلقي أن الاستجابة لله وللرسول هي استجابة واجبة لأنها استجابة لما يحیی وليست استجابة لما يمیت، قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اسْتَجِيبُوا لِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ إِذَا دَعَاكُمْ لِمَا يُحْيِيكُمْ وَعَلِمُوا أَنَّ اللَّهَ يَحُولُ بَيْنَ الْمَرْءِ وَقَلْبِهِ وَأَنَّهُ إِلَهُهُ تَحْشُرُونَ﴾<sup>(٢)</sup> فالاستجابة للإسلام هي استجابة لما يحیی النفس والروح حياة خير وطاعة في الدنيا، ونعيم مقيم في الآخرة، والاستجابة للحق لا تعني النجاة من كل اختبار أو ابتلاء، فالسلم لا بد أن يختبر وأن يتل في ماله ونفسه، بل ولا بد أن يسمع من الكفار والمشرکین ما يؤله ويؤذيه، ولكنه لا بد أن يصبر، حتى ينال الجزء الأوفى، لقاء نيته الحسنة التي تجمل الحقيقة الإيمانية عندها أبقي وأعظم. قال تعالى: ﴿لَتَبْلُوَنَ فِي أَمْوَالِكُمْ وَأَنفُسِكُمْ وَلَتَسْمَعُنَ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ وَمِنَ الَّذِينَ أَشْرَكُوا أَذًى كَثِيرًا وَإِنْ تَصْبِرُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ ذَلِكَ مِنْ هَزْمِ الْأُمُورِ﴾<sup>(٣)</sup>.

ولكي تتضح معالم فكرة التوحيد، فإن النية لا بد أن تنصرف إلى ادراك حقيقة أولية وهي أن دين التوحيد، هو دين يسمو مصدره، وترتفع وسائله، وتعظم غاياته، فهو دين الله، الذي ارتضاه لعباده، وهو دين يحتاج إلى صفاء النفس ونقاء السريرة، فلا عوج في أساليبه، ولا انحراف في دعوته، بل إنه دين سمت غايته، فسمت وسيلته، وعظمت فكرته لأنها تستقر في أعالي مؤمنة ربانية هذه الفكرة، إن الفكرة الإيمانية تنبثق في الإسلام من ضمير المسلم<sup>(٤)</sup>، بعد أن تكون قد تفاعلت مع مشاعره، تبعاً لا نفعاله بها، وإحساسه بضرورتها لفهم أحكام الله ومنهجه الذي تصلح به الحياة، باعتباره منهجاً صادراً عن عليم خبير، ثبت بالكتاب والسنة، والقرآن الكريم هو هبة الرحمن للإنسان، وهي هبة ربانية، تؤكد حقيقة الدين الخالص، كما نزل به الروح الأمين على المصطفى صلى الله عليه وسلم، كما بلغه بأمانة مطلقة، لم يداخلها هوى ولم يتطرق إليها شك. فالقرآن نور الهداية إلى الصراط المستقيم. قال تعالى: ﴿وَكَذَلِكَ أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ رُوحًا مِّنْ أَمْرِنَا مَا كُنْتَ تَدْرِي مَا الْكِتَابُ وَلَا الْإِيمَانُ وَلَكِن جَعَلْنَاهُ نُورًا نَّهْدِي بِهِ مَن نَّشَاءُ مِنْ عِبَادِنَا وَإِنَّكَ لَتَهْدِي إِلَى صِرَاطٍ مُسْتَقِيمٍ﴾<sup>(٥)</sup>.

(١) سورة الحجرات آية ١٧.

(٢) سورة الأنفال آية ٢٤.

(٣) سورة آل عمران آية ١٨٦.

(٤) فضيلة الشيخ مناع خليل القطان، الشريعة الإسلامية، الدار السمردية للنشر والتوزيع (١٤٠٠هـ).

ص ١٠٥ - ١٠٧ في صدد أن ارتكاب الجريمة والفساد مبعث امتداد الضمير الديني.

(٥) سورة الشورى آية ٥٢.

﴿ صراط الله الذي له ما في السماوات وما في الأرض ألا إلى الله تصير الأمور ﴾<sup>(١)</sup> والقرآن بهذه المشابة، كان وحياً من الله، استقر في نفس عبد اصطفاه الله واجتبه، فحسنت نية التبليغ الصادق الدقيق لديه، وانعقد عزمه، بعد أن أحس بمظمة مصدره وسمو أصله، على أن ينشر نوره على الكافة كما أنزل. بعيداً عن كل زيغ ونأيا عن كل غواية. أو هوى. قال تعالى: ﴿ والتجم إذا هوى ﴾<sup>(٢)</sup> ﴿ ما ضل صاحبكم وما غوى ﴾<sup>(٣)</sup> ﴿ وما ينطق عن الهوى ﴾<sup>(٤)</sup> ﴿ إن هو إلا وحي يوحى ﴾<sup>(٥)</sup>.

وإذا علم المسلم ذلك عن القرآن، فلإن نيته تصفو، وارادته تقوى، ويمضي في عقيدته وثقاً من أنه يتبع ديناً مبرأ من كل نقص، أهلاً للثقة المطلقة، لانفاقه مع الفطرة السليمة والنيات الصوغة، ولأنه بسمو مصدره، سهل الإدراك، منطقي التطبيق، التكيف معه يهدي، والانقياد له طيبي، والأخذ عنه، سمو بإنسانية الإنسان، لأخذه عن مصدر نابع من الملك الديان، لأن الرسول ﷺ بلغه كما هو وكما أمر الله، ولذا قال الله سبحانه وتعالى: ﴿ يا أيها الرسول بلغ ما أنزل إليك من ربك وإن لم تفعل فما بلغت رسالتك ﴾<sup>(٦)</sup>. ولكن كل تلك المؤكدات لسمو مصدر شريعة الإسلام، لا تعني أن الإنسانية كلها مستفاد إليه، ذلك أن كل إنسان يؤق بحسب نيته، وهناك من ساءت نياتهم، فبعدت أقدامهم عن طريق الهداية، وحق عليهم أن الله سبحانه وتعالى قد أضلهم، أو لم يهديهم. قال تعالى: ﴿ إنك لا تهدي من أحببت ولكن الله يهدي من يشاء وهو أعلم بالمهتدين ﴾<sup>(٧)</sup>. وهذا صحيح فالله وحده هو الذي يعلم خائنة الأعين وما تخفي الصدور، وهو أعلم بالنيات، وما تنطوي عليه صدور البشر فيكافئها بمثل ما انطوت عليه ﴿ فمن يرد الله أن يهديه يشرح صدره للإسلام ومن يرد أن يضله يجعل صدره ضيقاً حرجاً كأنما يصعد في السماء ﴾<sup>(٨)</sup> وتبين فكرة سمو التشريع الإسلامي في العالم الآن، رغم كيد الكائدين من الكفار والعلمانيين وأعداء الدين، وهي فكرة تنطلق من سمو مصدر التشريع ذاته، وهو سمو من مقتضاه وجوب الاحتكام التام في شئون الدين والدنيا إلى كتاب الله وحده، فمن حسن نية المسلم، أن يأخذ بما أمر الله به،

(١) سورة الشورى آية ٥٣.

(٢) سورة النجم آية ١.

(٣) سورة النجم آية ٢.

(٤) سورة النجم آية ٣.

(٥) سورة النجم آية ٤.

(٦) سورة المائدة من الآية ٦٧.

(٧) سورة القصص آية ٥٦.

(٨) سورة الأنعام من الآية ١٢٥.

والانتهاء عما نهى عنه، وبما أمر به الله جل شأنه، رد الأمور المتنازع فيها إلى الله والرسول. قال تعالى: ﴿ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ ۚ ۞ ﴾<sup>(١)</sup>. وهكذا تكون قيمة السنة التي أتى بها الرسول فهي المصدر الثاني للتشريع الإسلامي والهدي الإيمانى النابع من دين الله القيم.

فالإسلام لا يقوم إلا على تصديق، والتصديق لا يتم إلا بنية سليمة صادقة، ومن حسن النية بعد ذلك أن يستمر الإنسان في العمل داخل حدود شرع الله، فالإنسان يتلقى الشرع عن الله، ولا يمكن لأحد أن يدعي كمال التشريع في تشريع آخر من عند غير الله<sup>(٢)</sup>، ذلك أن للإنسان في الإسلام حدوداً لا يستطيع أن يتجاوزها سواء في الزمان أو المكان أو القدرة على التصور والابداع، لأنه إنسان حادث في الكون، وعمره محدود، فليست له طلاقة القدرة ولا شمول النظرة، ولذا فإنه يفوض ما ينفعه وما يضره إلى الله. فالإنسان لم يخلق ليخلق شرعاً بديلاً عن شرع الله، لأن شرع الله صادر عن ﴿ لا تدركه الأبصار وهو يدرك الأبصار ﴾<sup>(٣)</sup> وشرع الله صادر عن ﴿ ليس كمثله شيء ﴾<sup>(٤)</sup> وشرع الله صادر عن الفعال لما يريد ﴿ كذلك الله يفعل ما يشاء ﴾<sup>(٥)</sup>. وشرع الله صادر عن يملك طلاقة القدرة بين الكاف والنون ﴿ إذا قضى أمراً فإنما يقول له كن فيكون ﴾<sup>(٦)</sup>. وشرع الله صادر عن عنده مفاتيح الغيب. قال تعالى: ﴿ وعنده مفاتيح الغيب لا يعلمها إلا هو ﴾<sup>(٧)</sup>. وإذا كان ذلك كذلك، وكان الثابت على لسان فقهاء العالم كله في كافة المجالات، إن الإنسان عاجز بفعله عاجزاً طبعياً عن فهم الحياة، وكان الله سبحانه وتعالى قد هياه لعمران الأرض وفقاً للمنحة الإلهية النورانية العقلية المحدودة فإنه من الكفر والجحود أن يحاول هذا الإنسان بعقله القاصر أن يبحث عن منهج للحياة بخلاف منهج الله، أو أن يحاول حكم مشكلات الكون بقانون آخر خلاف شرع مكون هذا الكون. إن مشكلات الحياة لا يحلها إلا قانون صادر عن علم كامل شامل، ولا أشمل ولا أكمل من علم عالم الغيب والشهادة، ولذا فمن سوء النية وعدم سلامة القصد وفساد التصور أن ينسى الإنسان أنه مخلوق وأن المخلوق لا يجب عليه أن يعاند الخالق وإلا فإنه لن يجني ثمرة أخرى خلاف الشقاء

(١) سورة النساء من الآية ٥٩.

(٢) فضيلة الشيخ مناع خلیل القطاع، الشريعة الإسلامية، المرجع السابق ص ١٠٥-١٠٧.

(٣) سورة الأنعام من الآية ١٠٣.

(٤) سورة الشورى من الآية ١١.

(٥) سورة آل عمران من الآية ٤٠.

(٦) سورة آل عمران من الآية ٤٧.

(٧) سورة الأنعام من الآية ٥٩.

والنعاسة والتمزق والضياع ومحصلة كل ذلك هو الضلال المبين .

إن سمو التشريع الإسلامي تبعاً لسمو مصدره يستلزم ثبات هذا التشريع واستمراره ليضبط كافة مناحي الحياة إلى يوم قيام الساعة، وإذا شك مسلم في ذلك فقد فقد الأساس الداخلي للتصديق وهو النية السليمة إن من سوء النية تصور أن شرع الله جاء ليحكم بعض مناحي الحياة، أو حتى تصور أنه جاء ليحكم كل مناحي الحياة لكن في عصر واحد أو مجموعة عصور فقط، إن ذلك يعني الإيمان الجزئي والمؤقت بالله، وهذا ليس إيماناً على الإطلاق إن كل الحلول التشريعية يجب أن تحتكم إلى مصادر التشريع الإسلامي من كتاب وسنة وإجماع، أو ترد إلى هذه الأمور، وإلا تاه الإنسان ولم يجد حلاً لمشكلات الحياة .

وبيان ذلك أن التطور الذي يصيب شتى مناحي الحياة، كان من البداية معلوماً لله، وإلا فلماذا منح الله الخلق العقل، كما كان معلوماً لله سبحانه مقدار النوازل التي تجهد للبشرية والأقضية التي تحدث والواقعات التي تنزل، ويعلم الله وعدله صاغ للضمير الإنساني مجموعة من القواعد التي يمكن من خلالها ضبط هذه النوازل وحسم هذه القضايا وحل تلك الوقائع، ولو كانت هذه القواعد من عند غير الله لقصرت عن ضبط شتى مناحي الحياة، أو لكانت غير قادرة على مسايرة التطور عبر العصور، ولكن لأنها من لدن حكيم خبير، فإن الباحث فيها، كقواعد تشريعية، ذات حكم الهية بالغة، يجد أن ثباتها يعني صدقها، وصدقها يعني سموها، وسموها يعني صدورها عن خالق عليم، ولذا كان استمرارها في الزمان واجباً حتى يرث الله الأرض ومن عليها، واستمرارها لا يعني عدم امكان اللجوء إلى سواها، فطالما أن سواها كان مردوداً دائماً إليها فهو منها، وتكون قوته كقوتها، ولكن ما يرد إليها يجب ألا يكون قد ورد فيه نص، فإن النص واجب الاعمال، ولا اجتهاد في مواجهة النصوص، وإنما يمكن الاجتهاد من منطلق اصول الشريعة واستناداً إليها، ودوراناً في فلكها، فالإنسان محكوم بشوايت التشريع الإسلامي، وأي نص يخالفه إنما هو هدر لا قيمة له، ولا يجب اتباعه، ﴿وما يتبع أكثرهم إلا ظناً إن الظن لا يبغي عن الحق شيئاً﴾<sup>(١)</sup> . فكل ما ليس له أصل في شرع الله فهو ظن والظن لا يبغي عن الحق شيئاً .

إن النية الحسنة يجب أن تدفع المؤمن إلى اعتقاد أن ثبات التشريع الإسلامي لا يعني جموده فطالما اتفقنا على أن الثوابت التشريعية واجبة الاحترام لأنها من صـ

\* المقاصد والنيات \*

الخبر العليم والصنعة الإلهية أقوى وأمتن من أي صنعة بشرية، وهل يستطيع المخلوق أن يعاند الخالق؟ طالما اتفقنا على ذلك، وجب أعمال مقتضى ذلك، وهو أن الاجتهاد في ضوء الثواب الواردة في الكتاب والسنة ليس محظوراً، بل مطلوب، وهذا أمر جلي في الشريعة الغراء حيث أقر رسول الله ﷺ معاذاً بن جبل عليه عندما أرسله قاضياً باليمن. ومعنى ذلك أن الاجتهاد لا يطور الثواب، بل يواجه التطورات من خلال الاجتهاد دون خروج على هذه الثواب، وفهم ذلك ليس من نصيب العامة، بل هو من نصيب خاصة الخاصة في الشريعة ممن تتوافر فيهم شروط الاجتهاد<sup>(١)</sup>.

وثواب الدين الإسلامي هي بذاتها ثواب التشريع الإسلامي، بدونها لا يستقيم الكون، فليس لكائن من كان أن يجتهد أي اجتهاد يتعلق بالحقيقة الإلهية<sup>(٢)</sup>، فالله واحد، أحد، فرد، صمد، لم يلد، ولم يولد، ولم يكن له كفواً أحد. ووجود الله وأزليته وسمديته وقدرته وكل صفاته هي أمور لا حق لكائن من كان الاجتهاد فيها وهذه أمور تستلزمها سلامة النية ومن يجادل في ذلك فقد ساءت نيته وفقد إخلاصه ومصداقيته.

وليس لكائن من كان أن يجتهد على خلاف ما هو ثابت من حقيقة توحيد الإلهوية والربوبية وحقيقة التوحيدية لله، وحقائق الإيمان بأن هذا الكون هو من ابداع الله وحده، وما يستلزمه ذلك من الإيمان بالله سبحانه وملائكته وكتبه ورسله واليوم الآخر والقدر خيره وشره، وأن الدين عند الله الإسلام، وأنه لا دين بعد الإسلام سوى الإسلام، وأن الحكمة من خلق الجن والإنسان هي عبادة الله وأن الإنسان مكرم على ما عدها، وأن دينه هي دار ابتلاء وعمل وأن أخراه هي دار الحساب والجزاء، وأن مرد الأمور كلها إلى الله الواحد القهار كذلك فإنه ليس لكائن من كان أن يجتهد على خلاف ما ورد بالقرآن الكريم من آيات تتعلق بالدين وأصوله، والشريعة وجوهرها، وأحكام العبادات والمعاملات وآيات الأحكام التي استنها الله لعباده. وعليه فلا ربا تحت أي اسم اجتهادي آخر، ولا أكل لأموال الناس بالباطل، والوفاء بالمعقود واجب، وعدم الأضرار بالغير مبدأ أساسي من مبادئ الإسلام، كذلك ليس لكائن من كان أن يجمد الحدود أو يوقف القصاص أو يحظر الدييات، أو أن ينقض التعازير، أو أن يسير معاملات الناس على أساس قوانين وضعية جائرة أو متافية كلياً أو جزئياً مع ما ورد في الكتاب والسنة.

(١) انظر: الشيخ مصطفى أحمد الزرقا، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد ج ٢ المدخل الفقهي العام ١٣٨٣ هـ.

ص ٩٢٢ بند ٤٢.

(٢) ولكن انظر في الشبهة الغلاة: د. صابر طهية، دراسات في الفرق ط ٢ (١٤٠٤ هـ) الرياض ص ١٦.

وليس لأحد أن يمتدح على خلاف حديث نبوي شريف<sup>(١)</sup> يضع حكماً يتناقض بالعقيدة أو العبادة أو المعاملات الإنسانية.

ولم يأمرنا الله سبحانه باتباع منهجه المتمثل في اتباع المأمورات واجتناب المنهيات، إلا من أجل صلاح حالنا في ديننا ودنيانا، وصيانة أنفسنا من الهلاك، وحماية وجودنا من التعاند والانحراف والفساد. قال تعالى: ﴿ولو اتبع الحق أهواءهم لفسدت السماوات والأرض ومن فيهن...﴾<sup>(٢)</sup>.

والذي ينظر في أحوال الناس الآن يجد الدائرة تدور على دعاء التحلل من القيم فيحترقون بنار الفتنة التي أشعلوها نارها، تحت اسم التجديد، والتطور، والانطلاق ذلك أن أي تجديد يخرج على غير الإسلام هو في الحقيقة تخريب للقيم، وأي تطور لا يأخذ بأسباب الصلاح الديني هو انحراف عن الجادة، وأي انطلاق مجرد عن القيم وعار عن مستلزمات أصول العقيدة مآله السقوط إلى الحضيض، ولذلك فإن استغلال طيش الشباب في سن معينة عن لم ينالوا حظهم من التربية الإسلامية وجعله متبرداً على قيمه الإسلامية الثابتة هو استغلال إجرامي، سواء غلته الأيدي المعادية مباشرة، أو بشبه من خلال أجهزة اعلام غير مسئولة<sup>(٣)</sup> ولا تقوم الرقابة فيها على فكرة عقيدة إيمانية قوية. إن ما يشهد لتوايت الإسلام بالعظمة ولمصدره بالسمو أن كافة الأنظمة النظرية الوضعية المعاصرة، بامت بالفضل، وإذا كانت الفكرة السراقة للشباب في وقت ما هي فكرة الماركسية والحكم الشيوعي، فإن النظرية الماركسية قد انقضت نهائياً، يوم خرج الروس أنفسهم على أصولها خروجاً أفرغها من مضمونها وأكد تصور واضعها وفساد قوانينها، وأخر هذه المظاهر التي تؤكد انقضاءها هو فكرة البروستروكا أو إعادة البناء التي ابتدعها جورباتشوف والتي أثبت أنه ليس هناك شيء اسمه الشيوعية، كذلك فإن فساد النظرية الرأسمالية المطلقة قد أكدت أن دين الإسلام وهو دين الوسطية قد انطوى على ما يصلح نفس الإنسان ببناء عقيدته على مساوئته بغيره في الخضوع للديان وحده، وعلى ما يصلح حياته وذلك يجعل العمل هو أساس الكسب الشريف، وما يصلح مستقبله بمنحه ثوابت لا يجوز له الانحراف عنها، لأنها من صنع الحكيم الخبير وعدم الثبات في الأساسيات يجعل مآل الدول إلى زوال، وأما ثوابت الإسلام فقد جعلته الدين القيم

(١) انظر أمثلة في: الاحتجاج بالآثار على من أنكر المهدي المنتظر للشيخ حمود بن عبدالله التميمي ١٤٠٣ هـ ج ١ ص ٣٠١.

(٢) سورة المؤمنون من الآية ٧١.

(٣) الشيخ عبدالله بن إبراهيم الأنصاري، رسالة الإعلام في بلاد الإسلام. بحث مقدم مؤتمر توحيد الدعوة (١٤٠٠ هـ) ص ١٠٠ - ١٠٥.

\* المقاصد والنيات \*

الذي لا يكل الناس إلى المتغيرات، ولو لم يكن هذا الدين القيم من عند الله لتضاربت أحكامه ولتهافتت أصوله، ولما ظلت صالحة حتى الآن لضبط حركة الناس في الحياة والمجتمع. انه (ليس بين الحق والباطل طرف ثالث مقبول لله)<sup>(١)</sup> قال تعالى: ﴿فإذا بعد الحق إلا الضلال...﴾<sup>(٢)</sup>.

٦ - النية بهذه المثابة لا تنتهي بوجود الشكل :

وعلى أساس ما تقدم، فإن النية تقوم بدور هام في المجال العقدي، وهو دور واضح في مجال المعاملات والعادات أيضاً، ولذا فإن أي منظم لا يستطيع من خلال أي نص أن يلغي وجود هذه النية حتى وإن تعلق الأمر بوجود عقود شكلية، لأنه لا طقوس في الإسلام والأصل هو الرضائية التي تنبني على الإرادة والنية فإذا استلزمت المصلحة وجود شكل فإن هذا الشكل، سواء كان شكل انعقاد، أو شكل شهر، أو شكل إثبات، لا يذهب بهذه النية على الإطلاق بل تظل المعبرة بالنية أساساً.

---

(١) الشيخ عبد الرحمن من محمد الدوسري، صفوة الأئمة والمفاهيم من تفسير القرآن العظيم ط ١ (١٤٠١هـ) ص ٥٣.

(٢) سورة يونس من الآية ٣٢.



## الخلاصة

يغطي كثير من الباحثين في حق الشريعة الغراء، عندما يحاولون تقريبها من الفقه الروماني أو القانون الكنسي، سواء بحسن نية أو بسوء نية، لأن النية الصادقة تستلزم البقطة في معالجة كليات وجزيئات فقه الشريعة الغراء، لذا فتقريب الدكتور محمد يوسف موسى رحمه الله بين بعض العقود الإسلامية من بعض التصرفات الرومانية مثل Manicipation هو قول غير سديد، وترجمة اصطلاح Pact Sunt Servanda بأية «إن العهد كان مسئولاً» كما فعل الدكتور صوفي أبو طالب هو أمر غير سديد وأثر على مدى دقة بحثه سلطان الإرادة في القانون الروماني، وإشارات الدكتور شفيق شحاته في رسالته بالفرنسية: نظرية الالتزامات في الشريعة الإسلامية، إلى بعض ما يعتقده مظاهر قصور في التصور الإسلامي خطأ.

فالانفاقات ملزمة، ولكن الإسلام وحده هو الذي أرسى دعائم المسؤولية عن العهد وأمر بوجود الوفاء بالعقود. ومن هذا المنطلق كان لابد من بحوث عديدة تبين تغاير فكر ومنهج وذاتية أو استقلال فقه الشريعة الغراء وملخص البحث ما يلي:

### أولاً : أفكار اساسية:

- ١ - إن الشريعة الإسلامية تقوم على أساس رعاية المصالح المتبعة لذا فإن الأصل فيها هو البساطة في التعامل والاعتداد بنية الإنسان في كل أمور دينه ودنياه.
- ٢ - ولتحقيق هذه المصلحة أيضاً فإنه لا مانع شرعاً من أعمال فكرة الشكلية في العقود، سواء تعلق الأمر بشكل انعقاد Form de passation أو شكل شهر Form de publicite أو شكل إثبات Form de la preuve.
- ٣ - ولكن الاعتداد بالشكل لا يؤدي - لمجرد وجود الشكل - إلى مشروعية عقد باطل.
- ٤ - كما أن اشتراط شكل لفظي في الشريعة لا ينفي وجوب وجود النية.
- ٥ - إن اشتراط القبض والرسمية في بعض العقود لا ينفي وجوب مجرد الإرادة و...
- ٦ - إن استلزام شكل للشهر أو الإثبات لا يحول دون الاعتداد أساساً بالإرادة والنية.

### ثانياً: وقفة تأصيلية:

- ١ - ولكل ما تقدم فإن دورا الإرادة والنية محكوم بأحاديث نبوية شريفة منها قوله ﷺ «إنما الأعمال بالنيات» . . . . .
- ٢ - فالنية اطار تتحرك فيه الإرادة الإنسانية لتحقيق غايات نبيلة .
- ٣ - والنية اساسية في مسائل العبادات فلا تقبل عبادة بلا نية .
- ٤ - والنية هي أساس عقيدة التوحيد .
- ٥ - وكلما حسنت النية كلما اتجهت في كل امورها، ومنها ما يتعلق بعباداتها ومعاملاتها وعقودها، إلى امتثال أوامر الله واجتناب نواهيه .
- ٦ - أما سوء النية فيعني تنكب طريق الخير العام والفضيلة الإنسانية ومراعاة الناس .
- ٧ - النية هي الأساس الصائب والصادق والصحيح لتلقي الحقيقة الإيمانية .
- ٨ - إن سمو التشريع الإسلامي تبعاً لسمو مصدره يستلزم تحكيمه في كل أمور الحياة ولازم ذلك الاعتداد دائماً بفكرة النية .
- ٩ - والنية بهذه المثابة لا تنفي امكان وجود الشكل ولا تنفي بوجوده سواء كان شكل انعماد أم شهر أم أثبات .

هذا وبالله التوفيق . ، ، ،

## WILL AND INTENTIONS

**Dr. Muhammad Ibn Muhammad Shita Abu Sa'ad**

1. The fundamentality in the Islamic Shari'a is to arbitrate the principle of acceptance in the conclusion of contracts, a simple principle which is founded on simplicity in dealings and on the good intention of the two parties in contracting. It is not necessary for the conclusion of contracts to go through certain procedures and formalities and it is not necessary to do the same for the transfer of ownership.

The significance of intention does not only dominate the field of contracts and behaviour, but also intermingles in the individual's practice of the rituals of his belief, his worship and his habits. This is an important issue in the Islamic faith which should always be considered, because the entity of Islam is found in the independence of the foundations of the principles of its Shari'a which has never been affected by any foreign school of thought, the Roman one or otherwise. As to this matter of contracting, agreement and acceptance are quite sufficient for the conclusion of a contract in the Islamic Shari'a. In the Shari'a the contract takes effect once it is concluded without the need for certain formalities.

But, nevertheless, it should not be understood that the Islamic Shar'ia pays no attention to the consideration of interests, or it obstructs all that fulfils the aims of the contracting parties, as long as these aims are of a Shari'a character. Considering all this, there would be no objection as to the application of the idea of formalities in the conclusion of contracts, be that in the form of conclusion or confirmation or the conditioning of the contract registration so that ownership would be transferred, where the

---

\* Ex-Professor in a number of Arab Universities. Counselor in the Egyptian court of Appeals.

formality in this case would be an aspect of declaration.

Formality does not contradict the will in the Islamic Jurisprudence, and does not cancel the intention but the significance of intention is merely a means for the achievement of a considered interest and to prevent the false possession of other people's property.

The consideration of formality should lead to the legalization of any of those contracts which were prohibited by the Shari'a; such as (Bayie Al Hasat) and (Bayie Al Mulamasu).

2. The preconditioning of a certain verbal form in the Shari'a does not refute the necessity of the presence of intention in all actions even if that matter was connected with any other form, because consideration is given to the meanings and aims and not to the words and structures as stated in the juristic principle. This principle is connected mainly with explanation and meaning. If the jurists needed a certain word or expression for the conclusion of a contract and said that contract cannot be concluded without the insertion of that expression, even that would not cancel the will and the intention, but rather confirms them. For instance a marriage contract will not be concluded without the utterance of the marriage words, according to some jurists. The right thing is what Ibn Al Qayyim acknowledged in his saying: "The true is to follow the words or expressions of worshipping and abide by them, but in the contracts and dealings, their aims and objectives are the ones to be followed using any sort of words or expressions if Allah and His Apostle did not ordain certain expression which we should not trespass".
3. The precondition of Al Qabd (possession) or the requisite of formalization as a system does not mean the forming of a contract without the presence of a will or intention. Al Qabd (possession) in the contracts of kind or the conditioning of certification in the formal contracts, would not purify the contract from what is found in it as defects as far as the will or intention are concerned. The prerequisite of Al Qabd (possession) or the formalization does not mean absolutely the forming of a contract on them alone, without the fundamentals; consideration of the will and the intention. The wisdom behind the conditioning of Al Qabd (possession) - which is in most cases connected with the donation contracts - is for the protection of the donor from what might prove to be a rash act from his part. Donation is charity which is

confirmed only by Al Qabd (possession) except in the will. The main objective of formality is to show the contracting party the seriousness of the action he is going to take. Hence it cannot be imagined that the aim of protection is to destroy the bases of protection which is the will and full intention.

4. The prerequisite of a form for documentation does not mean cancellation of intention. The conditioning of a form for documentation such as writing, whether formal or conventional would not mean that the form of documentation will replace the intention. The intention is connected with the conclusion of the contract, and the documentation is connected with the claiming of the right.

#### **The Role of Will and Intention from Contractual Cases**

1. Considering all of what is previously mentioned, the role of the will and the intention is confirmed by some sayings from the Prophet Muhammad, peace be upon him, who said, "Deeds are made through intentions, and that everybody will have what one intends to have. The one whose (Hijra) migration is to Allah and His Apostle, his Hijra will be to Allah and His Apostle, and the one whose Hijra is to us, he will get it or to a woman for marrying her, his Hijra will be to what he intended to migrate to".<sup>(1)</sup>

The intentions are the bases of all the deeds of man. The deeds will be good if the intentions were good, and the deeds will be bad if the intentions were bad. According to these intentions man will reap the fruits of his deeds and hence it is not permissible to separate between the intention and the deeds of man.

2. The intention is the framework within which the human will work to achieve its higher goals. The good intention should be available in all the deeds of the muslim whether in his worships, his customs and his dealings.
3. The good intention is the intention which acts in the framework of following the ordinances of Allah and abstaining from His prohibitions. It is the kind of intention which is disconnected from

---

1. Narrated by Bukhari & Muslim.

#### Will and Intentions

the effects of the creatures and connected with the obediences of the Creator, a connection of worship and submission and refrain from the whims and desires or the appeasement of other people or being hypocrite.

4. The bad intention is the intention which misses the path of good and the human virtue, because it does not respond to the goal of the Wise Legislator and does not follow the straight way, but on the contrary, it does harm to others or have hypocrisy as an aim.
5. The intention is the foundation of the correct receiving of the truth of faith. The intention should extend to the realization of this basic truth which is the religion of unification, a religion of a higher source and higher means and of greater aims; that is the religion of Allah which He wanted it for His servants. It is the religion which claims the purity of the self and the purity of the soul. There is no contradiction in its means and no inclination in its call. The idea of faith in Islam emanates from within the muslim himself after it interacts with his feelings and his emotions, finding its necessity for the understanding of the rules of Allah and His method through which life can be better in consideration that it is a method from Allah who is All knowing. Islam is only founded on believing and believing is not completed except by means of a true and correct intention. As confirmation of this good intention man should continue doing the good deeds within the limits of the legislation from Allah. Man receives this legislation from Allah and nobody can proclaim the completeness of another legislation other than that from Almighty Allah.
6. The greatness of the Islamic legislation is derived from the greatness of its source, the thing which requires the firmness of this legislation and its continuity in controlling all the aspects of life until the Day of Judgment. If a muslim has any suspicion about this fact, he would have lost the inner foundation of believing, which is the correct intention. It is considered bad intention to think that the legislation of Allah was sent down to control some aspects of life or even to control all aspects of life, but in one era or a number of eras only. This would only mean the partial faith or the temporary faith in Allah and that is not faith at all. The Shar'ia solutions of man's problems should arbitrate the source of the Islamic legislation as in the Book (Qur'an) and the Sunnah and the majority opinion or refer to them, otherwise man will go astray and will not find any solutions to his problems.

The good intention should lead the believer to confirm his belief that the firmness of the Islamic legislation does not mean in any way its stagnation but that the corner stones of the Islamic religion are the same corner stones of its legislation, without which the world will not maintain its stability. No creature, whoever he is can make his own independent reasoning as regarding Devine Truth. Allah is One. Nobody can have an independent reasoning to contradict what was narrated in the Qura'an as verses concerning religion, its fundamentals, the Shari'a and its essence, the judgments on worships and dealings, the verses of the rules which Allah prescribed for His servants and so usury is prohibited even if it comes under any invented name by way of independent reasoning. Also nobody can have an independent reasoning contrary to the Hadith with regards to the conviction or the worship or the human transactions.

What stands witness to the greatness of Islam and the greatness of its source is the decline and failure of all the contemporary secular systems.

It can be concluded here that the intention does not exclude the possibility of the presence of formality and also that formality does exclude the presence of intention whether a formality of the conclusion or the declaration or the documentation.





# طبيعة وحالات الالتزام الخلقي في الاسلام

الدكتور/ محمد محمد شتا أبوسعدا<sup>(١)</sup>

## تمهيد

الحمد لله رب العالمين، أمر بالوفاء بالعقود أمراً مطلقاً في الزمان والمكان، فقال عز من قائل: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾<sup>(٢)</sup>، وأشهد أن لا إله إلا الله، امتدح من يحترمون مواعيدهم، وَيَقْرُونَ بِوَعْدِهِمْ ﴿الَّذِينَ يوفون بعهد الله ولا ينقضون الميثاق﴾<sup>(٣)</sup>، وأشهد أن محمداً عبد الله ورسوله، إمام المتقين، ورحمة الله للعالمين، بلغ الرسالة، وأدى الأمانة، أداء الصادق الأمين، ونصح الأمة، ولم يصل أبداً على أحد مات وعليه دين، بياناً لأهمية الوفاء بالحقوق، وأداء الأمانات، وتنفيذ الالتزامات، صل الله عليه وعلى آله وصحبه أجمعين، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

ويعد: فإن الإنسان في هذه الحياة قلما يخلو حاله من امرين: إما أن يكون دائئاً وإما أن يكون مديناً، فإن كان دائئاً فمن حقه أن يستوفي حقوقه مهما تقادم الزمن عليها، ومن مطالبة بها، وإن كان مديناً فمن واجبه الوفاء بما يتحمل كلفه من التزامات، مهما تقادم الزمن عليها، دون أن يطالبه الدائن بإدائها، ذلك أن الحق، وهو الصورة الإيجابية للمدين، أو الالتزام، وهو الوجه السلبي له إذا مضت عليه مدة طويلة، تعذر سماع دعوى المطالبة

---

(\*) مستشار (قاضي) بمحكمة استئناف القاهرة ومستشار التأمينات الاجتماعية بالرياض، استاذ سابق بجامعة الأزهر والقاهرة (بالقاهرة وبنى سويف والخرطوم) وأم درمان الإسلامية وهران بالجزائر والملك سعود بالرياض والمركز القومي للدراسات القضائية بمصر.

(١) سورة المائدة، من الآية ١.

(٢) سورة الرعد، الآية: ٢٠.

به<sup>(١)</sup>، بمعنى أنه لا يمكن إجبار المدين على الوفاء به لسبب إجرائي لا موضوعي، ومع ذلك فإن الأخلاق، في الإسلام، تلزمه بالوفاء اختيارًا بما عليه من التزام، وهذا ما يعرف بالالتزام الخلقي<sup>(٢)</sup>، فما هي طبيعة هذا الالتزام، وما هي حالات هذا الالتزام؟ أعرض، بمشيئة الله تعالى، لهاتين المسألتين في مبحثين مُتتابعين ونعقّب بمبحث ثالث وجيز في بيان أثر عدم الوفاء بالالتزام الخلقي.

المبحث الأول: في طبيعة الالتزام الخلقي.

المبحث الثاني: في حالات الالتزام الخلقي.

المبحث الثالث: أثر عدم الوفاء بالالتزام الخلقي.

---

(١) في تأصيل فكرة التقادم والقول بابتنائها على المصالح المرسله، وبيان أن المقصود منها هو منع القاضي من سماع الدعوى بعد مرور مدة معينة منعًا للتحايل، انظر: الدكتور عبد الرحمن بن حسن النفيسة، الطرق العامة أحكامها والمسئولية عنها، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، عدد ١١ (ربيع الآخر - جمادي الآخرة ١٤١٢ هـ) ص ١١٩؛ الشيخ مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ط ٩ ص ٢٢٠ أشار إليه المرجع السابق..

(٢) د. عبد الرحمن بن حسن النفيسة، البحث السابق، ص ١٢١ - ١٢٢ في تطبيق فكرة المسئولية الخلقية، بشأن إزالة الأذى والضرر عن الطريق العام.

## المبحث الأول

### طبيعة الالتزام الخلقي في الإسلام

#### أولاً: فكرة الالتزام الخلقي:

مُضي الزمن، يفضي إلى عدم سماع الدعوى، سواء تعلق الأمر بدعوى عين، كدعوى الملكية والحيازة<sup>(١)</sup>، أو انصرف إلى دعوى دين.

والمحصلة النهائية لعدم سماع الدعوى يوجد تصويراً بأن الحق يسقط، ويقال في هذه الحالة إن التزام المدين لم يعد مشمولاً بحماية القضاء له، وبالتالي لم يعد ممكناً الإلزام به، لأن الحق يتقادم، ولم تعد له دعوى تحميه.

وعلى ذلك فإن من وضع يده على عقار أو غيره مدة مائة من سماع الدعوى، فإنه لا يجوز للقاضي سماعها<sup>(٢)</sup>، والمدد التي تمنع من سماع الدعوى تتراوح بين خمسة عشر عاماً وبين ثلاث وثلاثين سنة، وجعلها الإمام مالك عشر سنوات بالنسبة لحيازة العقار إذا كان الحائز أجنبياً، فإن كان قريباً فإن المدة تصل إلى ستين سنة، وأما في المنقولات فإنها قد تكون سنة واحدة بالنسبة للثوب وثلاث سنين بالنسبة لدابة الركوب وأثاث المنزل، وأما في الديون الثابتة في الذمة، فإن مدد تقادمها تتراوح بين عشرين سنة حال عدم وجود عذر، وقيل إن مدة التقادم تصل إلى ثلاثين سنة، واختار ابن رشد أنها لا تتقادم البتة بسبب ثبوتها في الذمة، لخبر «لا يبطل حق امرئ مسلم وإن قدم» وقيل إن الأمر يترك لاجتهاد القاضي، لكي يقدر مدة التقادم في كل حالة على حدة<sup>(٣)</sup>.

(١) انظر الهداية مع فتح القدير للكمال بن الهمام ط المكتبة التجارية بمصر ج ٨ ص ٢٢٨ وما بعدها؛ وتكملة حاشية ابن عابدين، ط لبنان ١٤٠٧ هـ (دول أحياء التراث العربي) ج ٧ ص ٤٩٠ وما بعدها؛ تبصرة الحكام لابن فرحون ط ج ١ ص ١٩٢؛ المغني لابن قدامة الصنبل، مكتبة الرياض الحديثة ١٩٨١ م ج ٩ ص ٢٠١؛ كشف القناع ج ٦ ص ٢٤٢.

(٢) اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والافتاء، في تحصيل بعض الآراء الفقهية، في ثانياً البحث المعنون: التقادم في مسألة وضع اليد، مجلة البحوث الإسلامية، العدد الثلاثون، ربيع الأول - جمادى الآخرة ١٤١١ هـ ص ٢١، وحتى لا يتشعب البحث انظر للمواد ١٥١، ١٥٢، ١٥٣، ١٥٥، ١٥٦، ١٥٧، ١٥٨، ١٥٩، ١٦٠ من مرشد الحيران، ونصوصها بهوامش البحث المشار إليه ص ٢٠ - ٢٤.

(٣) شرح الدسوقي على الشرح الكبير، لأبي البركات سيدي أحمد الدردير، ط عيسى البابي الحلبي وشركاه، مصر ج ٤ ص ٢١٧ وما بعدها؛ اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والافتاء، المرجع السابق ص ٢٤ =

وتأسيساً على ما تقدم، فإن الالتزام سواء كان التزاماً عين منصّباً على عيناً، أو التزاماً شخصياً متعلقاً بدين، وسواء نجم عن واقعة مادية كالحيازة دون حق شرعي يثبت الحق فيها، وكالفعل الضار المفضي إلى الضمان، أو الفعل النافع الذي يستوجب رد ما حصل عليه شخص من آخر دون وجه حق، أو نجم عن عقد أو إرادة منفردة، يستلزم قيام المدين بالوفاء، فإن مضت مدة طويلة تمنع من سماع الدعوى، كان على المدين التزام خلقي بالوفاء بالدين، استناداً إلى الأخلاق الإسلامية التي تعتبر جزءاً لا يتجزأ من العقيدة.

ومعنى ذلك أن الوفاء لا يكون متروكاً لحض إرادة المدين، إن شاء وفي وإن شاء لم يوف، وإنما يستند إلى الإلزام الأخلاقي الشرعي، فالأخلاق في الإسلام تلزم، ودوناً حاجة إلى مبررات وأهية للقول بأن الالتزام متى فقد عنصر الإلزام، فإنه يصبح غير ملزم، لأن عنصر المديونية الذي لا يمكن سماع الدعوى للمطالبة به، وبالتالي لا يجوز الوفاء به، فهذا القول يتناسى أن الأخلاق في الإسلام تلزم المدين بالوفاء، لأنها جزء من العقيدة، أو هي واجب دينية.

### ثانياً: منطوق نظرية الالتزام الخلقي أو الواجب دينية:

ليس من المقبول التعبير عن نظرية الالتزام الخلقي، باصطلاح الالتزام الطبيعي، لأن هذا الاصطلاح الأخير يباعد بين الالتزام وبين الالتزام الخلقي أو الواجب الخلقي أو الواجب دينية، حيث يعني في إطلاق أول أن الالتزام الطبيعي هو حق تنقصه الدعوى التي تحميه وأن مصدره هو الالتزام المتحلل، أي الذي فقد عنصر الإكراه، وتحلل إلى دين لا يشمل الجزاء، ففقد عنصر الإكراه، أو الإيجابار على الوفاء، وهذا قول يفصل بين الأخلاق وبين المصادر الشرعية الأخرى للإلتزام.

كما يعني هذا الاصطلاح غير المقبول، وفق إطلاق ثان، أن الالتزام الذي لا يشمل الشرع بجزاء، هو مجرد واجب أدبي، أي مجرد دين بلا إكراه، مع إمكان تنفيذ هذا الإلتزام اختياراً لا إجباراً.

= وأشارت إلى مرشد الحيران وشرحه ص ١٤ ومابعدها. وثانياً ماكان الأمر فإن مدد عدم سماع الدعوى بالحق تختلف اختلافاً كبيراً بحسب نظرة الفقهاء للأمر وتواصلهم لها، وبصحب ما إذا كان هناك عذراً ولم يكن، والمعدّ تتراوح في الجملة، بين عام، وستين عاماً، وأكثر.

• طبيعة وحالات الالتزام الخلقي في الإسلام •

والحق أن هذا الإطلاق يفوق الإطلاق الأول قصوراً، لأنه لا يجوز تصور وجود الأخلاق في ظل الشريعة الغراء، دون عنصر الإلزام اللصيق بها، فالأخلاق في الإسلام هي واجبات دينية ملزمة، وليست مجرد واجب أدبي.

إن نظرية الالتزام الخلقي، أو الواجب ديانة في الإسلام، تعني أن الشخص إذا كان مدنياً وزال الموجب القضائي لساع دعوى داته، يتعين عليه، أن يستجيب للواجب الديني أو الأخلاق الشرعية، وذلك بالوفاء بما يثب كاهله من التزام، وبعبارة أخرى، فإن النظرية الإسلامية لما يعرف بالالتزام الطبيعي، تشبُّع عن نظرية عقديّة شرعية لاوضعية، تقوم على فكرة الالتزام الخلقي، أو الواجب ديانة، وحاصل منطوقها، أن الأخلاق جزء لايتجزأ من الشريعة الإسلامية، وهي مصدر أصلي للإلزام، فكل نص شرعي يلزم المسلم بشيء أو عمل، فإن الأخلاق الإسلامية تسانده، فإذا انتفى النص الشرعي أو لم يكن النص منطبقاً على الحالة، قامت الأخلاق وحدها بالإلزام، فالواجب ديانة هو التزام ملزم أخلاقاً، أي باعتبار الأخلاق جزءاً من التشريع الإسلامي، وتلك نظرية إسلامية لأنّها ولانظير في العالم كله، قاصية ودانية.

### ثالثاً: تحليل المنطوق:

وتحليل هذا المنطوق، الذي كان ثمرة تأمل دؤوب في مصادر التشريع الإسلامي وادلته يتم من خلاله المقدمات الآتية:

#### ١ - إن الالتزام الخلقي في الإسلام هو جزء لايتجزأ من التشريع الإسلامي:

وبيان ذلك أن التشريع الإسلامي يضبط الأحكام الاعتقادية<sup>(١)</sup> - إخباراً ومنه التوحيد، وإنشاءً ومنه الأمر والنهي<sup>(٢)</sup> - والأحكام العملية<sup>(٣)</sup> ومنها كافة أعمال المكلف

(١) ابن جزي، القوانين الفقهية ط١ تونس ص١٢: د. صالح بن فوزان الفوزان، الإرشاد إلى صحيح الاعتقاد، الرياض ١٤١٠هـ ج١ ص٦ شيخ الإسلام ابن تيمية، الاستقامة، ط١ جامعة الإمام محمد ابن سعود الإسلامية ١٤٠٤هـ ص١٩٨ - ١٩٩: الغزالي خليل.

(٢) عيد، تفسير سورة الأنفال، الرياض ١٤٠١هـ ص٢١، ٥١: الزمخشري، الكشاف عن حقائق التنزيل ج٤ دار المعرفة بيروت ص٢٤٢ ومابعدها بصدد تفسير سورة الاخلاص: ابن العربي، أحكام القرآن مجلد ٢ قسم ٤ دار الفكر ص١٩٩.

(٣) الشيخ محمد الرفراف، تصرفات المريض، مذكرات دكتوراه بحقوق القاهرة ١٩٦٨م ص١ - ٥: الشيخ مناع خليل القطان، وجوب تحكيم الشريعة الإسلامية ١٤٠٥هـ (الرياض) ص٨: د. محمد شتا أبو سعد، المقاصد والنيات مجلة البحوث الفقهية المعاصرة عدد ٦ (١٤١١هـ) ص١٠٦.

واقواله - ويشمل كذلك الأحكام الخلقية التي تهدف إلى جعل النفوس في أرقى مراتب الإنسانية الكاملة وتركبتها وتكملها<sup>(١)</sup>.

فالأخلاق في الإسلام، جزء من العقيدة، ومصدر من مصادر الإلزام، فالشرعية إذ تُروى الناس على الخير تحول دون أكل مال الغير دون حق سواء كان هذا المال قد مضت عليه مدة طويلة فسقط حق صاحبه في سماع دعوى المطالبة به، أو كان هذا المال واجب الأداء لوازع أخلاقي أساسه العمل المجدي، أو التعاون، أو الرفق بالغير أو الاستجابة لنداء المساعدة، أو تأكيد لأحد مبادئ الإسلام الكبرى في مسايرة مصالح الناس<sup>(٢)</sup> وعدم إهدارها لمجرد عدم إمكان المطالبة بها، أو في تأكيد العدالة الإسلامية بتوسيع مفاهيمها، فإذا كان من مسايرة مصالح الناس حفظ مالهم، فمن العدالة رد هذه الأموال إليهم، عندما ينعدم ديانته مبرر استبقاء هذا المال في يد من يلزم برده نزولاً على مقتضى الأخلاق الدينية.

والأخلاق في الإسلام عندما تلزم، لأن هذا هو مقتضى عقيدة التوحيد، فالإلزام يكون إلزاماً شرعياً لا التزاماً وضعياً<sup>(٣)</sup>، ولذا تكون نظرية الالتزام الخلقي والواجب ديانة جزءاً من مفهوم الشريعة الإسلامية باعتبارها شاملة كل ما شرعه الله لعباده من العقائد والعبادات والأخلاق والمعاملات ونظم الحياة في شعبها المختلفة لتحقيق سعادتهم في الدنيا والآخرة<sup>(٤)</sup>.

---

(١) الشيخ علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية ط٢ (القاهرة) ص ٤: الإصباحاني (أبو محمد عبادة) أخلاق النبي وأدابه طبع الأهرام ١٤٠٦هـ ص ١٢ وما بعدها.

(٢) الفزاني، المستصفى، المطبعة الأميرية ج ١ ص ٢٨٦ «نعني بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع.. وهو أن يحفظ دينهم ونفسهم وعقلهم وتسلمهم ومالهم؛ عبد الوهاب خلاف، السياسة الشرعية (١٣٥٠هـ) القاهرة ص ٧.

(٣) قارن في مجال الالتزام الوضعي، من خلال فكرة الأخلاق الوضعية لا الشرعية ما أورده: الدكتور محمد عبادة دراز، دستور الأخلاق في القرآن، تعريب د. عبد الصبور شاهين، ط٢ (١٤٠٥هـ) ص ٩٦ وما بعدها. وانظر في الرد على طرائق الاستدلال الشكلية في المنطق الارسطي الذي تأثر به كتاب الغرب، شيخ الإسلام ابن تيمية، الرد على المنطقيين، المكتبة الامدادية ط٢ (باكستان) ١٤٠٤هـ ص ٢ - ٥٤٥ وبخاصة ص ٢٨١ في الميزان العقلي.

(٤) الشيخ مناع خليل القطان، المرجع السابق ص ٩: د. محمد شتا أبوسعده، شرح قانون أصول الأحكام القضائية الإسلامي السوداني ١٤٠٤هـ (مطبعة جامعة القاهرة) ص ٥ - ٢٦٢. وانظر من المصادر الأساسية: شيخ الإسلام محمد بن عبد الوهاب، الأصول الثلاثة وأدلتها، مطابع دار الهلال، مع

\* طبيعة وحالات الالتزام الخلقي في الإسلام \*

## ٢ - إن الالتزام الخلقي يساند النص دائماً: <sup>(١)</sup>

وإذا اكتفيناه هنا بالنصوص التي يمكن سوقها إصالة كسند للوفاء بالالتزامات حتى ما كان منها التزامات خلقية، كفانا قوله تعالى: ﴿ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدُّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمَانَتَهُ ﴾ <sup>(٢)</sup> وقوله جل شانه ﴿ لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ ﴾ <sup>(٣)</sup> وقوله تعالى: ﴿ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ <sup>(٤)</sup> وقوله تعالى: ﴿ إِنْ أَشَاءَ يَمُرُّكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتَ إِلَى أَهْلِهَا ﴾ <sup>(٥)</sup> وقوله تعالى: ﴿ اتَّخَذُونَهُ بَهْتَانًا وَإِنَّمَا مَبِينًا ﴾ <sup>(٦)</sup> وقوله تعالى: ﴿ وَحَرَّمَ الرِّبَا ﴾ <sup>(٧)</sup> وقوله تعالى: ﴿ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرُهُ ﴾ <sup>(٨)</sup>. وكفانا كذلك من السنة المطهرة، قوله صلى الله عليه وسلم، فيما رواه الإمام أحمد في مسنده «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»

= ترجمة فرنسية طبع الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية ص ٤ - ٥٠: الإمام أبا الحسن الأشعري، الابانة عن أصول الديانة ١٤٠٩هـ (الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، تقديم الشيخ جمال بن محمد الانتصاري، ص ٢٤ «وَأَمَرَ بِالْخَيْرِ» وص ١٧٢ في نفي الظلم: سماحة الشيخ عبدالعزيز ابن باز، وجوب تحكيم شرع الله ١٤٠٩هـ - ص ١٤، ١٥.

(١) انظر في شرح دلالة الآيات التي ذكرت في المتن على التوالي: البيضاوي (ناصر الدين أباسعد... أنوار التنزيل وأسرار التأويل (دار الكتب العربية الكبرى) ج ١ ص ٢٦٩ وما بعدها: مختصر تفسير بن كثير، دار القرآن الكريم بيروت ط ٧ (١٤٠٧هـ) ص ١٦٩ وما بعدها: ابن العربي (أبا بكر محمد بن عبده) أحكام القرآن، القسم الثاني ط ١ (١٣٧٦هـ) ص ٥٢٤، ٥٢٥: تفسير آيات الأحكام للشيخ محمد علي السائيس، جامعة الأزهر ط ١ ج ٢ ص ١١٥ وما بعدها: المرجع الآخر ج ٢ ص ٦١، فأخذ الصداق عند الطلاق بهتان ويجب رده: البيضاوي، السابق، ج ١ ص ٢٧٦ وما بعدها وبخاصة ص ٢٧٨، فحل البيع وتحريم الربا إنكار للتسوية وإبطال للقياس؛ روح المعاني للآلوسي، إدارة الطباعة المنيرية، ط بيروت، ج ٢ ص ١٥٢ - ١٥٤.

١ سورة البقرة من الآية: ٢٨٢.

سورة النساء من الآية: ٢٩.

سورة المائدة من الآية: ١.

سورة النساء من الآية: ٥٨.

سورة النساء الآية: ٢٠.

سورة البقرة من الآية: ٢٧٥.

سورة البقرة من الآية: ٢٣٦.

وقد روى هذا الحديث الخمسة دون النسائي<sup>(١)</sup>، وقوله صلى الله عليه وسلم: «لِيُؤْتَى الْوَاجِدُ ظَلَمٌ يَحِلُّ عَرْضُهُ وَعَقُوبَتُهُ، وَقَدْ رَوَاهُ الْخَمْسَةُ عَدَا التِّرْمِذِيَّ، وَقَالَ وَكِيعٌ: عَرْضُهُ أَيُّ شِكَايَتِهِ وَعَقُوبَتُهُ أَيُّ حَبْسِهِ»<sup>(٢)</sup>، وقوله صلى الله عليه وسلم: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ، وَهُوَ نَصٌّ فِي رَدِّ الْحَقُوقِ بِإِطْلَاقٍ، وَسَوَاءٌ كَانَ الْإِنْسَانُ قَدْ قَصَدَ الْإِضْرَارَ بِغَيْرِهِ تَمَحُّضاً أَمْ لَا، فَإِنَّ الْإِسْلَامَ لَا يَقْرَهُ»<sup>(٣)</sup>، وجاء في الحديث القدسي عن رب العزة والجلال «فَلَا تَنَظَّلُوا»<sup>(٤)</sup>.

فأداء الأمانة يستند إلى نص، والأخلاق الإسلامية كجزء من التشريع تقره ولولم يكن على الأمانة سند أو دليل أو انقضت مدة طويلة تحول دون سماع دعوى المطالبة بها، ومثل ذلك عدم أكل أموال الناس بالباطل، سواء برشوة أو عمل غير شريف أو خطأ أدبي، أو إثراء بلا سبب لا تتوافر شروطه نظاماً، وكذا الوفاء بالعقود فهو مطلق في الزمان، وصادق المرأة حق لها فلا تنظم فيه، والمال المكتول نتيجة ربا حرام، ويجب أخلاقاً رده لصاحبه، والإنفاق حسب معيار القدرة تقره الأخلاق الإسلامية وتحدد مدها، ومن أخذ شيئاً وجب عليه رده كالحديث، ولا يجوز إلحاق ضرر بأحد، والظلم منهي عنه، وفي كل هذه الأحوال يستند رد الحقوق مهما طال عليها الزمن إلى النص والأخلاق الإسلامية الملزمة شرعاً<sup>(٥)</sup>.

(١) انظر نيل الأوطار للشوكاني ج ٥ ط ١، المطبعة العثمانية، صفر ١٢٥٧ هـ ص ٢٩٨ - ٢٩٩ وعنده أن في هذا الحديث دليلاً على أنه يجب على الإنسان رد ما أخذته يده من مال غيره بإعارة أو إجازة أو غيرها إلى مالكه، مهما طال الزمن: د. محمد شنتا أبوسعد، مستقبل التشريع الإسلامي، ٢، لا ضرر ولا ضرار في الإسلام، القاهرة ١٩٨٦ م ص ٣٧ - ٣٨.

(٢) نيل الأوطار، المصدر السابق ج ٥ ص ٢٤٠: بداية المجتهد لابن رشد الحفيد ج ٢ ط ١ مصر ص ٣٠٨، ٣٠٩: د. فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده بين الشريعة والقانون ط ١ بيروت ص ٣٢٣ - ٣٢٤.

(٣) نيل الأوطار، المرجع السابق، ج ٥ ص ٢٦١: فتحي الدريني، رسالته السابقة ص ٢٤٩ وما بعدها الام للإمام الشافعي (رواية الربيع المرادي) ط ١ مصر ١٣٢١ هـ ج ٢ ص ٢٢٢: الموافقات في أصول الشريعة للشاطبي، شرح د. محمد عبدالله دراز، مطبعة الشرق الأدنى، مصر ج ٢ ص ٢٤٨ وما بعدها: ابن رجب (زين الدين أبو الفرج عبد الرحمن شهاب الدين بن حمد) جامع العلوم والحكم ط ٢، الحلبي ١٣٦٩ هـ ص ٢٦٧: د. محمد شنتا أبوسعد، أصول النظام القضائي في المملكة العربية السعودية ١٩٨٢ مصر ص ١٨ - ٣٩: د. يوسف العالم، الأهداف العامة للتشريع الإسلامي، رسالة الأزهر على الاستئصال، ١٩٧٥ م ص ١٨ وما بعدها.

(٤) انظر مقن الأربعين حديث النبوية من مطبوعات الرئاسة العامة لإدارات البحوث (١٤٠٦ هـ) مع ترجمة إنجليزية.

(٥) انظر أمثلة عديدة في مؤلفات د. شرف بن علي الشريف، الإجازة الواردة على عمل الإنسان، الرياض =



\* طبيعة وحالات الالتزام الخلقي في الإسلام \*

### ٣ - الالتزام الخلقي أو الواجب ديانة كمصدر أصيل ووحيد للالتزام:

وليس معنى أن كل نص شرعي يقف خلفه أساس خلقي، أن الأخلاق وحدها لا تلزم في الإسلام، إذا لم يجد بجوارها نص، فالعكس هو الصحيح، لأن نصوص الإلزام في الإسلام متناهية، ووقائع الأنام غير متناهية، والاجتهاد قد لا يصل إلى جوهر القاعدة الملزمة، لذا تظل الأخلاق كجزء أساسي من التشريع الإسلامي ملزمة بذاتها، استناداً إلى ما يلي:

١ - إن الأخلاق جزء من عقيدة التوحيد، فلا عقيدة في الإسلام إذا لم تستند تلك العقيدة إلى أخلاق الإسلام، مصداقاً لوصف الله تعالى نبيه صلى الله عليه وسلم بقوله: ﴿وإِنَّكَ لَعَلَى خُلُقٍ عَظِيمٍ﴾<sup>(١)</sup> ولقوله صلى الله عليه وسلم: «بِعِثْتُ لَأَتِمَّ مَكَارِمَ الْأَخْلَاقِ»<sup>(٢)</sup> وفي البخاري عن عائشة - رضي الله عنها - لما سئلت عن خُلُقِهِ صلى الله عليه وسلم قالت: «كَانَ خُلُقُهُ الْقُرْآنَ».

٢ - إن الأخلاق جزء من واجبات الدين: ولذا فإن عدم مسئولية العبد أمام القانون لا تعني أنه غير مسئول أمام الأخلاق، لأن الأخلاق مصدر من مصادر الواجبات الدينية وهي تتجاوز المصدرية لتصبح جزءاً من واجبات الدين، ولذا قيل بحق إن الشريعة الإسلامية هي مشرعة أخلاقية، وليست الأخلاق في الإسلام أدباً يُجمل صاحبه، ولكنها التزامات من واجبات الدين»<sup>(٣)</sup>.

رابعاً: إن الأخلاق مصدر من مصادر الالتزام الأدبي في مجال المعاملات:<sup>(٤)</sup> المقصود هنا، أن الأخلاق هي أساس الالتزام الأدبي، أو الواجب ديانةً، في مجال

= ١٤٠٠هـ - ص ٢٤١ ومابعدا وبخاصة ٢٥٢ بشأن مدى تضمين الأجر المشترك فيما ادعى هلاكه:

د. وهب الزحيلي نظرية الضرورة الشرعية، بيروت ط ٢ (١٤٠٣هـ) ص ٢٠١ ومابعدا بصدد ألا تكون

المنفعة سببا في هذا الحقوق

(١) سورة القلم الآية: ٤.

(٢) الأصمهباني (المتنوي ٢٦٩هـ) أخلاق النبي صلى الله عليه وسلم، مرجع سابق ص ١ - ٢١٠؛ وانظر

تفسير القرطبي ط مصر ج ١٨ ص ٢٢٨، ٢٢٩ ومختصر تفسير ابن كثير، مرجع سابق ج ٣ ص ٥٢٢

ومابعدا: وتفسير الجلالين وحاشية الصاوي عليه ط ١ (مصر) ج ٤ ص ٢٢١ ومابعدا: الشيخ مناخ

خليل القطان، وجوب تحكيم الشريعة الإسلامية، مرجع سابق ص ٩٩.

(١) الشيخ مناخ خليل القطان، وجوب تحكيم الشريعة الإسلامية، مرجع سابق ص ١٠٠.

(٢) وإسناد ذلك أن في أعماق الإنسان قوة باطنة، لا تتصحه فحسب، وتهدي فقط، وإنما تأمر الإنسان

المعاملات، وهي مجال البحث، ولذا فقد أصاب الحقيقة بهذا المفهوم من قال إن الأخلاق «غاية تربوية في العبادات، والتزام أدبي في المعاملات، تجعل حياة الناس قائمة على المعروف والحسنى»<sup>(١)</sup>.

ويترتب على ذلك ما يلي:

أ - إن الوفاء بما لا يلزم وضعاً الوفاء به هو امتثال لواجب ديني أساسه الأخلاق، وهو بهذه المثابة قريبة إلى الله.

ب - وهذا الوفاء هو تمثل لفضائل الكتاب والسنة، وما تبتث من عزة في نفس المتفضل وقدرة على كبح جماح الشهوة إلى المال الذي لا يلزم قانون أو نظام بالوفاء به، وسير في فلك الشريعة الإنسانية التي تجعل ضمير الإنسان أساس وفائه بحقوق الغير، وعدم اكل أموال الناس بالباطل.

ج - وهذا الوفاء يعني الارتقاء في مدارج كمالات الإيمان، حين يكون الباطن كالظاهر، وحين يكون الوفاء بالواجب الديني أمراً منبثقاً من أعماق الإنسان ذاته لا من أي جهاز ضغط مادي أو أية جهة إكراه معنوي، ولذا كان أداء الأمانات والعدل في الخصومات من أخص خصائص أخلاقيات الإسلام.

### خامساً: إن الالتزام الخلقي أو الواجب ديناً يرتكز أيضاً على فكرة الإحسان:

فالمسلم لا يكفيه إتيان أركان الإسلام فقط، بل يلزمه أيضاً أن يمارس ما استطاع من شعب الإيمان، فضلاً عن الإحسان، وهو ركن واحد «أن تعبد الله كأنك تراه فإن لم تكن تراه فإنه يراك» والعبادة غير المقرونة بالعمل الصالح لا تكفي، لذا يجب أن يدخل

---

= بأن يفعل الخير وينأى عن الشر، ويمكن أن يقول الوضعيون أنهم يحسون ذلك، ولكن الشرعيين يقولون إن المسألة ليست مسألة إحساس وإنما هي مسألة إلزام، فليس الأمر أمر اختيار ديني وإنما هو أمر التزام ديني منبثق عن عقيدة التوحيد. انظر: د. محمد عبده دراز، دستور الأخلاق في القرآن، مرجع سابق ص ٢٨ وما بعدها وبخاصة ص ٢٤١.

(١) الشيخ مناع خليل القطان، المرجع السابق ص ١٠١: د. محمد عبده دراز، دستور الأخلاق، مرجع سابق ص ٤٩٩ وما بعدها: د. محمد شتا أبوسعد، محاضرات في الشريعة الإسلامية ط ٢ القاهرة ١٩٨٨م ص ٢٥ - ٢٦: للشيخ علي الخفيف، أحكام المعاملات، مرجع سابق ص ٤: الشيخ محمود شلتوت الإسلام عقيدة وشريعة ط ١ (القاهرة) ص ١٨ وما بعدها.

\* طبيعة ونباتات الالتزام الخلقي في الإسلام \*

الإحسان إلى مجال المعاملات أيضاً، فإن حدث هذا كان الإنسان قد وصل إلى مرحلة إلزام نفسه بأخلاق الإسلام وأدى الواجبات التي يلزم بها الدين، استناداً إلى فكرة الإحسان.<sup>(١)</sup> واستناد الالتزام الخلقي إلى فكرة الإحسان يترتب عليه مايلي:

١ - وجوبُ الوفاء بالالتزامات التي تخلف عنصر الإلزام فيها فصارت واجباً ديانةً: مثل الحقوق التي انقضت مدة طويلة تحول دون سماع دعوى المطالبة بها، ذلك أن أخلاق الإسلام، وبالتالي ما ينبغي أن يكون عليه خلق المسلم، يقوم على أصول ريبانية لا على تلويح بالجزاءات الوضعية. فالصلاح يتفجر من أعماق الإنسان، ورسالة ضميره الصادق<sup>(٢)</sup> وهو أمر لحه بعض متقدمي الدارسين الفرنسيين لبعض مبادئ القرآن الكريم<sup>(٣)</sup> في اختياراتهم لبعض آيات القرآن الكريم.

ب - الوفاء بالالتزامات التي لم ترق إلى مصاف الواجبات: فالإحسان لا يعنى أكثر من صيرورة الشخص مخلصاً إخلاصاً لا يداخله ريب، ومن كان هذا شأنه فإنه يدرك بعقله<sup>(٤)</sup> ما يمليه عليه ضميره الديني وحسه الشرعي، فليس الضغط الاجتماعي أو اعتراف الجماعة هي سبب الوفاء بمثل هذه الواجبات، وإنما هو ضمير الفرد ذاته، فالإنسان يفي بما لا يلزم به لأنه يريد به لا لأن المجتمع يرغمه عليه، فالعقل يحرك الضمير والضمير يستجيب للعقل، فيقالب الإنسان هو نفسه، فيختار الوفاء، امتثالاً لنداء أخلاق الإسلام التي استجاب لها العقل فالضمير، طمعاً في الثواب لا خوفاً من العقاب، ونأياً عن الشهوة التي تحرك الرغبة في التملك، واقترباً من السلوك الأخلاقي استجابة لنداء الإيمان، وتحقيقاً لهدف عقدي، ولذا قال أبو حامد الغزالي «وقول القائل: صار واجباً بالاجاب (إنما هو) حديث محض، فإن ما لا غرض لنا أجلاً وعاجلاً في فعله وتركه، فلا معنى لاشتغالنا به، أوجبه علينا غيرنا أو لم يوجبه»<sup>(٥)</sup>.

(١) الإمام الشيخ محمد بن عبد الوهاب، الأصول الثلاثة وأدلتها، مرجع سابق ص ٢٤ ومابعدا وبخاصة ص ٣٠

(٢) د. عبد الصبور شاهين، في كلمته التي افتتح بها رسالة دستور الاخلاق التي ترجمها إلى العربية، كما تقدم من ص: ك د إلى ص: م د.

(٣) انظر مثلاً جارسان دي تاسي، القرآن ياريس ١٨٤٠ ص ٣ ومابعدا.

(٤) شيخ الإسلام ابن تيمية، كتاب الرد على المنطقيين، مرجع سابق ص ٤٢٢ «والحسن واللقبح من أفعال العباد، يرجع إلى كون الأفعال نافلة لهم أو ضارة لهم وهذا مما لا ريب فيه إنه يعرف بالعقل، ولنظر له أيضاً مفتاح دار السعادة ج ٢ ص ٢٦ - ١٢٣ في الرد على حجج النفاة.

(٥) أبو حامد الغزالي، إحياء علوم الدين، طبعة الحلبي ج ٤ ص ٤: د. محمد شتا أبوسعد، مستقبل =

جـ - الوفاء بالالتزامات التي لا تحميها دعوى أيًا كان سبب ذلك: فقد ذهب البعض إلى أن اصطلاح الالتزام غير موجود في فقه الإسلام وهذا غير صحيح<sup>(١)</sup>، فهذا الالتزام قائم بمعناه الفني الدقيق في فقه الشريعة الغراء، وتتسع فكرة هذا الالتزام لاضافة تقسيم الالتزام الخلقي، أو ما أسماه البعض، بالالتزام الناجم عن واقعة قانونية ناقصة أو تصرف ناقص أو واقعة مادية ناقصة، ذلك أن كل الحالات التي عالجها تحت هذا الموضوع، هي مما يلزم الإحسان في الإسلام بالوفاء بها، استجابة للضمير، والواجب ديانةً أو الإلتزام الخلقي بصفة عامة.

وأساس ذلك هو أن يكون قصد المكلف موافقاً لقصد الله في التشريع<sup>(٢)</sup>، وحتى يقوم أمر الناس في دنياهم على العدل<sup>(٣)</sup>، وحتى لا يذهب حق هدرًا في الإسلام؛ فالوإزع الديني المركوز في النفوس، بفطرة الامتداء إلى الحق، يقود الإنسان لأداء الحقوق وإن كانت لا تحميها دعوى، طمعاً في ثواب الله وخوفاً من عقابه في الآخرة، ولذا لا تشور في الإسلام تلك المشكلات التي تثور في الأنظمة الوضعية بصدد شروط أو عناصر الالتزام الطبيعي، وإن كان عنصر عدم جواز قيام «واجب أخلاقي» مخالف للشريعة الغراء يعتبر ضرورياً، مع أن كل واجب أخلاقي يعتبر بالضرورة شرعياً لأن الأخلاق جزء من الشريعة على ما تقدم.

= التشريع الإسلامي ج ١ رد على د. زكي نجيب محمود، القاهرة ١٩٨٦ ص ٤ - ٤٨.

(١) انظر د. محمد شتا أبوسعدي، نظرية الالتزام عند الخطاب، كتاب مستخرج من مقال نشر بمجلة هيئة قضايا الدولة (١٩٨٢م) ص ٣ - ٢٢ في الحديث عن الالتزام الذي ليس بمعلق والالتزام المعلق، على ماورد في رسالة: تحرير الكلام في مسائل الالتزام، وهي مخطوطة بالجامع الأزهر نقلها الشيخ عليش على هامش فتح العلي الملك في الفتوى على مذهب الإمام مالك ج ١ طبعة أولى (الجلبي) القاهرة، ص ١٨٢ ومابعدها.

(٢) الشاطبي، الموافقات، مرجع سابق (ج ٢) ص ٢٣١، ٢٣٢، ٢٨٦.

(٣) شيخ الإسلام ابن تيمية، الحسبة ط ١٣٢٢هـ (مصر) ص ٩٤.

## المبحث الثاني

### أهم حالات الالتزام الخلقي أو الواجب ديانة في فقه الشريعة الغراء

أولاً: النظرية تتضمن حالات غير محدودة:

مما ييسر مهمة الباحثين في الفقه الإسلامي، بشأن فكرة الالتزام الخلقي في مختلف المذاهب، أنه توجد محاولات طيبة لوضع بعض القواعد العامة التي تستخلص من كتابات فقهاء هذه المذاهب، ففي المذهب الحنفي توجد مجلة الأحكام العدلية، وفي مذهب الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، المطبق في المملكة العربية السعودية توجد مجلة الأحكام الشرعية<sup>(١)</sup>، وهما خطوة موفقة في سبيل دعم حركة التقنينات الإسلامية، على نحو ييسر مهمة المتقاضي في فهم الحكم الشرعي، والقاضي في انزال الحكم الشرعي مع الرجوع أساساً إلى مصادر التشريع الأساسية، ناهيك عن بعض التجميعات مثل مرشد الحيران لغدري باشا.

ويلاحظ القارئ، مما تقدم من إشارات، أن الفقه الإسلامي لا يصوغ نظرية عامة تسمى نظرية الالتزام الطبيعي، وإنما صاغ نظرية عامة أدق هي نظرية الالتزام الخلقي، أو الواجب ديانةً، في مقابل الالتزام المعروف بالالتزام المدني، والذي يطلق في فقه الشريعة الغراء مجرداً عن الوصف، دالاً على فكرة الالتزام فيه، ومن صوره الواجب قضاءً<sup>(٢)</sup>.

---

(١) انظر: القاري (أحمد بن عباد) كتاب مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، دراسة وتحقيق: أبو سليمان (د. عبد الوهاب إبراهيم) وعلى (د. محمد إبراهيم أحمد...) ط١ (دار تهامة للنشر ١٤٠١هـ) وتستخلص من نصوص كثيرة فيها (مثلاً المواد ٢٠٥٠، ٨٥، ٨٦، ٧٥٢، ٩٦٩، ٥١٢، ٥١٣) أهم الحالات التي تعالج عادة في ظل الأنظمة الوضعية.

(٢) لذا كل من حسن الخلق في الإسلام «التسامح فيما يلزم من الحقوق» انظر شرح ثلاثيات مسند الإمام أحمد بن حنبل الشيباني للعلامة الشيخ محمد الفاريزي الحنبلي ط٢ (١٣٩٦هـ - بيروت) ج ١ ص ٢٤٠ فمن أدى واجبا ديناً وإن كان لا يمكن الإجبار عليه قضاءً فهو توفيق ككل توفيق يفضله ربه وعده وحكمته، المصدر السابق ص ٧٨٠ والشارع الحكيم «لا يأمر ولا ينهى إلا بما فيه صلاح عاجل أو خلاص أجل» ج ٢ من المصدر السابق ص ٢٢٠. والوفاء بواجب خلقي هو توبة، بل هو استغفار تام موجب للمغفرة، فافضل الاستغفار ما اقترن به ترك الإصرار. المصدر السابق ص ٩٠٢.

ولكن نظرية الالتزام الخلقي، أو الواجب ديانةً، كنظرية إسلامية يتسم بالأصالة والدقة - ليست محدودة التطبيقات في فقه الشريعة الغراء، بسبب عمومية الأصول التي تستند إليها في القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة، ولهذا قد يبدو من غير السديد شرح بعض التطبيقات، دون الإشارة إلى أن هذه التطبيقات هي مجرد صورة خاصة لحالات تجمعها رابطة عامة في الشريعة الغراء أساسها، أن كل حق مستحق ولا يمكن المطالبة به أمام القضاء، لأي سبب، فإن هذا الحق يجب الوفاء به ديانةً امتثالاً لمقتضى الالتزام الديني الذي تقوم عليه فكرة الالتزام الخلقي في الإسلام، وهذا هو المنطوق الذي يؤكد تفوق شرح الله العليم الخبير على ما سواه.

كما تتميز نظرية الالتزام الخلقي في الإسلام بأنها نظرية نيرة، إذ يستطيع الاجتهاد كمصدر من مصادر التشريع، أن يضفي عليها تجددًا تلقائيًا يجابه كل الفروض المحتملة فيما لو فرض وجدت فروض لا يتسع لها النص القائم، وتلك هي المسألة الجوهرية التي ينجم عن إغفالها تكوّن في الانطلاق بالفقه الإسلامي ليصبح فقهاً عالمياً، يتلقى كل جديد لا يتناهى مع أصوله الجوهرية، ويغذي العالم بأفكار تطعمت بأخلاقيات الإسلام فصارت صالحة لكل زمان ومكان، ولذا فقد أجاز سماحة الشيخ عبدالعزيز بن عبدالله بن باز، في فتاواه، المقارنة بين الشريعة والقانون<sup>(١)</sup>، وإذا كانت المقارنة لقصد صالح كقصد بيان شمول الشريعة وارتفاع شأنها وتفوقها على القوانين الوضعية واحتوائها على المصالح العامة... لما فيه من إظهار الحق وإقناع دعاة الباطل وبيان زيف ما يقولون في الدعوة إلى القوانين الوضعية أو الدعوة إلى أن هذا الزمن لا يصلح للشريعة أو قد مضى زمانها، لهذا القصد الطيب وليبين ما يردع أولئك ويبين بطلان ما هم عليه، ولتطمئن قلوب المؤمنين وتثبتها على الحق... إذا كان ذلك بواسطة أهل العلم والبصيرة المعروفين بالعقيدة الصالحة وحسن السيرة وسعة العلم بعلم الشريعة ومقاصدها العظيمة. وعلى هذا بذل المجتهدون من فقهاء الإسلام كل ما في وسعهم لبيان الأحكام الشرعية في كثير من الدول

(١) انظر الفتوى في مجلة البحوث الإسلامية العدد ٢٧ ربيع الأول - جمادى الآخرة ١٤١٠هـ ص ٨٩، ٩٠.

وهذا القول ييسر مهمة الباحثين المسلمين في عرض النظريات العامة في شكل ييسر إطلاع غيرنا عليها، فأقصى ما يقوله الفكر الغربي أنه يمكن أن تكون لدينا نظرية عامة للعقد في الفقه الإسلامي. وانظر في تصور الغرب لفقه الشريعة الغراء في هذا الصدد ولاحظ قصوره، روشيت (ج): فقه التصرف... باريس ١٩٨٨ ص ٢٩-٣٠ حيث يقول: إن الشريعة الإسلامية لا تجهل فكرة التصرف (AQD).

طبيعة وحالات الالتزام الخلقي في الإسلام

الإسلامية، وتلك خطوة هامة لنشر الفقه الإسلامي، على نحو يسمح بتبني المنظمين له عند إناطة وضع النصوص بهم، وما هذا البحث إلا خطوة تمهيدية لمن أراد المقارنة.

**ثانياً: تطبيقات النظرية الإسلامية في الالتزامات الخلقية بالمملكة العربية السعودية:**

وتطبيقاً للشريعة الغراء التي تحكم شتى مناحي الحياة بالمملكة، فإن الحقوق لا تذهب هدرًا في هذا الديار، التي لم تفر فكرة التقادم، بل أخذت بفكرة عدم سماع الدعوى مع عدم الإخلال بحق صاحب الحق.

ويؤخذ هذا من قرار مجلس الوزراء رقم ٩٩٠ وتاريخ ١٥/٦/١٣٩٦هـ، ومما دأبت عليه مؤسسات المملكة من صرف حقوق من مضى على استحقاقهم إياها مدة طويلة دون المطالبة بها - كما تفعل المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية بصدد المادة ٥٢ من النظام.

كما يؤخذ ذلك من المذكرة الإيضاحية لنظام الأوراق التجارية السعودية الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٢٧ وتاريخ ١١/١٠/١٣٨٢هـ التي قررت أن النظام لم يستعمل لفظ التقادم وإنما استعمل بدلاً منه عبارة عدم سماع الدعوى، أخذاً بأحكام الشريعة الغراء التي لا تعترف بانقضاء الحقوق بمرور الزمن مهما طال هذا الزمن، وإنما تمنع سماع الدعوى بغية وضع حد للمنازعات، وقد نص النظام صراحة، على أن الأحكام التي أوردها في خصوص عدم سماع الدعوى لا تخل بحق الحامل (أي حامل الكمبيالة) المستمدة من علاقته الأصلية بمن تلقى عنه الكمبيالة وبذلك تبقى هذه الحقوق خاضعة للقواعد التي تحكمها.<sup>(١)</sup>

وإذا كان عدم سماع الدعوى لا يحول دون استمرار ذمة المدين مشغولة ديانةً بالمدين بحيث يتعين عليه الوفاء به شأنه شأن الالتزام المدني، ولكن تحت جزاء أخرويٍّ أساساً، فما ذلك! إلا للطابع الديني للحق، فالإسلام يلزم المدين بالوفاء بالمدين، وهو إلزام قضائي في كل دين توافر موجب الوفاء به، وهو إلزام أخلاقي ديني إذا تخلف عنصر أو شرط من عناصر الإلزام القضائي به، فقد استعاض صلى الله عليه وسلم، من «ضلع

(١) ورد هذا في تعليق المذكرة الإيضاحية على المادة ٨٤ وما بعدها تحت عنوان «عدم سماع الدعوى، وقد نصت المادة ٨٤ من النظام المشار إليه على أنه «دون إخلال بحقوق الحامل المستمدة من علاقته الأصلية بمن تلقى عنه الكمبيالة، لا تسمح الدعوى الناشئة عن الكمبيالة تجاه قابليها بعد مضي ثلاث سنوات من تاريخ الاستحقاق...».

الدين»<sup>(١)</sup>، كما قال صلى الله عليه وسلم «من أخذ حقوق الناس وهو يريد أدائها أعانه الله ومن أخذها وهو يريد إتلافها أتلفه الله»<sup>(٢)</sup> فهذا حث على وجوب إخلاص النية من جانب المدين، سواء كانت ذمته مشنونة به لواجب قضاء أو لواجب ديناً. وحث الإسلام على سداد الدين فقال صلى الله عليه وسلم: «نفس المؤمن معلقة حتى يقضى عنه»<sup>(٣)</sup>، وقد امتنع صلى الله عليه وسلم عن الصلاة على من مات وعليه دين،<sup>(٤)</sup> والأحاديث كثيرة في هذا الصدد، وقد سبقت الإشارة إلى الحديث الذي أخرجه الإمام أحمد في مسنده وهو «لئلا نواجه ظلم يحل عرضه وعقوبته» وقد قال صلى الله عليه وسلم «لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه»<sup>(٥)</sup> وإذا كان ذلك يجيز حبس المدين في الدين الذي يمكن المطالبة به قضاء فإنه دليل على وجوب مبادرة المدين بدين واجب ديناً على المبادرة بدائه وإلا نال الوعيد الإنهائي الشديد وتحقق فيه حكم الله في الآخرة وربما لحقه أمر الله في الدنيا.

ويبقى بعد ذلك القول أن الإسلام غني بنظرياته العامة، المنبثقة من أصوله العامة، وبالتالي نظرياته العامة الثابتة والمؤكد<sup>(٦)</sup> وهذا يعطي الباحثين والمعنين بالمقارنة، في المملكة فرصة أكبر في استظهار النظريات العامة وسبر أغوارها.

إن الشريعة النراء المطبقة في المملكة العربية السعودية، تجاوزت في هديها، مراحل

(١) انظر كتاب الدعوات في صحيح البخاري، باب الاستعاذة من الجبن والكسل، وكتاب الصلاة باب

الاستعاذة في... من أبي داود، وكتاب الاستعاذة باب الاستعاذة في... من أبي داود.

(٢) أخرجه البخاري في باب من أخذ أموال الناس... كتاب الاستقراض.

(٣) أخرجه الإمام أحمد في المسند ج ٢ ص ٤٤٠ والترمذي في كتاب الجنائز وابن ماجه في كتاب الصدقات، باب التشدد في الدين.

(٤) البخاري كتاب الحوالة باب إذا حال دين الميت... والنسائي في كتاب الجنائز، باب الصلاة على من عليه دين.

(٥) رواه الإمام أحمد في مسنده، ورواه الدارقطني في سننه (كتاب البيوع).

(٦) وقد سبقت الإشارة في نهاية الهامش ١٩٤ إلى ما ذكره جورج روبات بمجلة القانون وهي المجلة الفرنسية للفقه التي تعنى بالنظريات العامة (عام ١٩٨٨) إلى أن الشريعة الإسلامية في إطارها التقليدي لا تجهل الفكرة الضيقة للتصرف القانوني... (العقد)، والحق أن كل فكرة عالجهها الفقه الإسلامي في نظرية الحق والعقد تعتبر نظرية مستقلة، كنظرية الذمة، أو الأهلية، أو الرضا، أو المحل أو حتى فكرة تجزئة الصفقة، وهذا يستلزم التوسع في إبراز الأسس العادلة التي تقوم عليها النظريات الإسلامية.



\* طبيعة وحالات الالتزام الخلقي في الإسلام

البحث عن سندٍ يبرر قيام المدين، بالوفاء بالدين، رغم عدم إمكان جبره عليه، عن طريق القضاء، ووصلت في أحكام بنيانها إلى جعل الأخلاق أساساً للإلزام، ويترتب على ذلك نتائج محددة أهمها:

١ - إنه ليس هناك موجب للبحث عن قواعد تبريرية، كقاعدة تقول إنه إذا افترق الحق حماية القضاء، لأي سبب، فلا جبر في تنفيذه، ويصبح واجباً ديانة في ذمة المدين، لأن الأخلاق لا تزال، في الإسلام، أساساً قوياً لتحريك ضمير الشخص لينفذ هذا الواجب ديانة، تنفيذاً يبتغي به الشخص مرضاة الله، والاستجابة لنهي عن أكل أموال الناس بالباطل.

وبياناً لذلك بما استقر عليه فقه الشريعة الغراء من شرح وضبط للمفاهيم، فإنه إذا فرض وحكم القضاء لواضع اليد الظاهر بحيارة الشيء، على خلاف الحقيقة، فإن من قضي له بالشيء، دون وجه حق يظل ملزماً بالوفاء به لصاحبه، ولا تبرا ذمته إلا بذلك، وبهذا القيد ينبغي فهم أقوال علماء الشريعة الغراء.

- فابن قدامة - رحمه الله تعالى - يقول<sup>(١)</sup>: «فإذا كان في يد رجل دار أو عقار يتصرف فيها تصرف الملاك بالسكنى والإعارة والإجارة والعمارة والهدم والبناء من غير منازع، فقال أبو عبد الله بن حامد: يجوز أن يشهد له بملكها. وهو قول أبي حنيفة والاصطخري من أصحاب الشافعي. قال القاضي: ويحتمل أن لا يشهد إلا بما شاهده من الملك واليد والتصرف، لأن اليد التي ليست منحصرة في الملك قد تكون بإجارة أو إعارة أو غصب. وهذا قول بعض أصحاب الشافعي».

- وصاحب مطالب أولي النهى شرح غاية المنتهى يقول: «ومن رأى شيئاً بيد إنسان يتصرف فيه مدة طويلة كتصرف ملك من نقض وبناء وإجارة وإعارة فله الشهادة بالملك...»<sup>(٢)</sup>.

- وشيخ الإسلام ابن تيمية يقول: «ومن ادعى على خصمه أن بيده عقاراً استقله مدة معينة، وإنه استحقه فأنكر المدعى عليه وأقام المدعى عليه بيينة باستيلائه لا باستحقاقه لزم الحاكم إثباته والشهادة به، كما يلزم البيينة أن تشهد به... ومن بيده عقار فادعى رجل بشيئته عند الحاكم أنه كان لجدّه إلى موته، ثم إلى وريثته، ولم يثبت أنه مخلف عن مورثه، لا ينزع منه بذلك...»<sup>(٣)</sup> فلو فرضنا أنه نزع منه بحكم فما دور الالتزام الخلقي في هذا

(١) المغنى، المرجع السابق ج ٩ ص ١٦٢.

(٢) الشيخ مصطفى السيوطي الرجيلاني، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى ج ٦ ص ٥٩٩.

(٣) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ص ٨٨، ١١٢.

الفرض وفي الفرض السابق عليه، والفرضين اللذين رواهما ابن قدامة وصاحب مطالب أولي النهى.

إن الحكم في ذلك واضح تماماً، فما حكم به دون حق، وما لم يحكم به على خلاف الحق، يثقل ذمة غير المستحق، بالالتزام خلقي، بمقتضاه يلتزم غير المستحق بأن يؤدي الحق إلى المستحق، وإلا تعرض من استبقاه، وهو عالم بأنه لاحق له فيه، إلى جزاء أخروي من قبل الله سبحانه وتعالى، وتعرض كذلك للوعيد الشديد في الحياة الدنيا، فالأخلاق في الإسلام تلزم، ولا سند لأحد في حبس ما لاحق له فيه شرعاً.

ب - إنه ليس هناك مسوغ لتبرير صحة الوفاء الذي يقوم به من عليه واجب ديانة بالوفاء، وذلك يعني أن طبيعة الالتزام الخلقي في الإسلام، كالتزام ملزم أمام الله تعالى، لا تستلزم تقعيد قاعدة تقول أنه إذا أوفى المدين ما وجب عليه ديانة صح وفاؤه، ولا يعتبر وفاء بما لا يجب، إذ كيف يعتبر وفاء بما لا يجب، كل وفاء تقضي أخلاق الإسلام بأنه واجب، وإذا صح ذلك، فلا ضرورة لتقعيد البديهيات الإسلامية. ولذا فلا مسأغ أيضاً للقول أن الحق ينفذ جبراً على المدين به عند استحقاقه، وأنه إذا فقد حماية القضاء له، لأي سبب فلا جبر في تنفيذه، أو أنه إذا أوفى المدين حقاً فقد حماية القضاء له صح وفاؤه ولا يعتبر وفاء لما لا يجب فذلك تحصيل حاصل وذكر لمفهوم في ظل النظرية الإسلامية العامة في الالتزام الخلقي.

ج - إن فكرة الواجب ديانة هي فكرة إسلامية محض. وفي عالمنا اليوم السعوية قايماً أصلياً، حيث لا تتقادم الحقوق، وإن أصبح من غير الممكن سماع الدعوى، فإن الحق يظل قائماً، ويمكن الوفاء به إعمالاً للالتزام الخلقي الذي يلزم بمثل هذا الوفاء على نحو يتجرد معه المولى من كل مسئولية إن قام به نيابة عن جهة عمله، أو أمر بأدائه.

د - إن القاضي المسلم يقدر دائماً ما إذا كان هناك التزام خلقي من عدمه عندما يعرض الأمر عليه، وهو إذ يقدر قيام هذا الالتزام فإنما يقدره في ظل مبادئ الشريعة الغراء، التي لا تبيح له مخالفة نص قطعي، أو الخروج على ما أجمع عليه أهل العلم، وذلك في ظل فكرة الإحسان التي تصلح أساساً عظيماً لإعمال نظرية الالتزام

طبيعة وحالات الالتزام الخلقي في الإسلام

الخلقي والتي يمكن عزوها إلى الفكر الصافي لشيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله تعالى.<sup>(١)</sup>

ب- إن الوفاء بالالتزام الخلقي، وإن وجد سنده في الإحسان، إلا أن الوفاء بغير المستحق ليس تبرعاً، أيًا كان سبب عدم الاستحقاق، ومنه انعدام الحماية القضائية للحق بسبب مضي مدة معينة مثلاً تحول دون سماع دعوى المطالبة به، فما وجب الوفاء به، ولو بمجرد الالتزام الخلقي، لا يعد تبرعاً، لأن الضمان إلزام لا إحسان، وإن كان للموذي بما لا يمكن الإكراه على الوفاء به ينطلق في تصرفه عن الإحسان والصدق التام مع الملك الديان.<sup>(٢)</sup>

وهكذا يمكن القول، أن النظرية الإسلامية في الالتزام الخلقي، أو الواجب ديانة - والقائمة في فقه الشريعة الفراء، تستند إلى أصول شرعية - على ما تقدم وهي نظرية عقدية، تستلهم الإحسان سبيلاً، والجزاء الآخروي حافزاً إلى الوفاء بالحق، وتتسع تطبيقاتها، لتشمل كل واقعة تُعزى أو خائفة تنزل، وتقدم لها الحل الأمثل، يبدو من الصعب حصر تطبيقات هذه النظرية، ومع ذلك وبياناً لدى شمول هذه النظرية فإنه يمكن الإشارة إلى أمرين: أولهما: مدى شمول النظرية الإسلامية في الالتزام الخلقي للتطبيقات الموجودة في الحياة المعاصرة. وثانيهما: إشارة إلى أهم التطبيقات الممكنة في ظلها.

---

(١) انظر مؤلفه، الحسبة في الإسلام، ط الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، ص ١٠ حيث يقول: «والعمل الصالح هو الإحسان... وهو ما أمر الله به... (وشرعه)... (فمن) أخلص قصده ش وكان محسناً في عمله فإنه مستحق للثواب سالم من العقاب» وهذا هو أساس الوفاء الاختياري بالالتزام الخلقي.

(٢) انظر في نقد مسلك الأنظمة الوضعية: محمد شتا أبوسعبد، تعريف للمسؤولية المدنية كجانب من الضمان في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية ع ٥: وحالات الالتزام الطبيعي في القانون المدني المقارن، مجلة جامعة الملك سعود - ٢ - العلوم الإدارية، ع ٢/ مجلد ٢: وشرح لائحة المرافعات أمام ديوان المظالم، مجلة معهد الإدارة العامة ع ٣ - ١٤١١هـ.

## أولاً: مدى شمول نظرية الالتزام الخلقي

### أو الواجب ديانة للحلول التي تأخذ

#### بها النظرية الوضعية

تعددت التطبيقات المقول بها في ظل نظرية الالتزام الطبيعي<sup>(١)</sup> ولكنها تطبيقات لا يستند فيها الالتزام إلى أمر عقدي ديني أو حتى مجرد خشية جزاء ما، بعكس النظرية الإسلامية التي يستند فيها الالتزام إلى العقيدة وإلى فكرة الإحسان فيها كفكرة ملزمة ديانةً. وأهم التطبيقات الواردة في النظرية المذكورة، وثبتت دراستها في الشريعة الإسلامية، تفوق الإسلام فيها، تتمثل فيما يلي:

#### ١ - النفقة :

لا يثير موضوع النفقة الواجبة على من يلزم الشخص الإنفاق عليهم أي جدل في فقه الشريعة الغراء<sup>(٢)</sup>، فهي واجبة للزوجة على زوجها وللأصول على الفروع وللغروع على الأصول<sup>(٣)</sup>، أما النفقة على الحواشي وذوي الأرحام (والحواشي هم فروع الأصول كالأخوة

---

(١) يقول البعض (كالدكتور عبدالحى حجازي): إن الالتزام الطبيعي هو التزام ناقص، أي أنه ينشأ إما عن واقعة - بمعناها الإخص - ناقصة، كما في الالتزام بالنفقة لغير من يجب على الشخص الإنفاق عليهم، والعمل الناقص، نافعا كان أم ضارًا، والتصرف الناقص وهو العقد أساسًا، وهو لذلك يتبنى فكر نفر من الفقهاء الإيطاليين وجان كرينييه، الذي عبر عن الالتزام الطبيعي بمعادلة أنه حق ينقصه دعوى، أو حماية قضائية انظر عرضا لذلك في ظل نقد شرعي مذكرات: د. محمد شتا أبو سعد في أحكام الالتزام، كلية الحقوق، جامعة وهران، عام ١٩٧٥م حتى عام ١٩٧٩م في طبعات مختلفة.

(٢) انظر تفسير القرطبي (الجامع الأحكام القرآن لأبي بكر عبد الله بن محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي القاهرة ١٣٥٢هـ مطبعة دار الكتب ج ١٨ ص ١٧٠: وتفسير جامع البيان عن تأويل آي القرآن لأبي جعفر محمد بن جرير الطبري دار المعارف، مصر ج ٢٨ ص ١٤٨: صحيح مسلم بشرح النووي (محيي الدين يحيى بن شرف النووي، مطبعة حجازي بالقاهرة ج ١ ص ٢٠: ومختصر سنن أبي داود، للحافظ المنذري، مطبعة انصار السنة المحمدية ١٣٦٧هـ ج ٨ ص ١٢٨: وفي الإجماع على ذلك فيما حكاه ابن المنذر وغيره (بصد نفقة الزوجة غير الناشئ) انظر المغنى لموفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة، ج ٩ مطبعة المنار، مصر ١٣٤١هـ ص ٢٢٠.

(٣) انظر مثلاً المغنى، مرجع سابق ج ٩ ص ٢٥٦: نيل الأوطار للشوكاني، مرجع سابق ج ٦ ص ١٤ ومابعدها: والروض المربع بشرح زاد المستتقع - مختصر المقنع للشيخ منصور البهوتي، المطبعة السلفية ج ٢ ص ٢٢٥.

\* طبيعة وحالات الالتزام الخلقي في الإسلام \*

وابنائهم، وذرو الأرحام هم أقارب لا يرثون بفرض ولا تعصيب) فإن الملكية والشافعية لا يرون وجوب النفقة لهم، أما الحنابلة والحنفية فيرون وجوبها<sup>(١)</sup> وإن كان الحنفية يقصرونها على ذوي الأرحام دون الحواشي، وهي تجب للحواشي وذوي الأرحام إن توافرت شروطها، ومنها فقر من تجب له وعجزه عن الكسب وغنى من تجب عليه وكونه يرثه.

ووفقاً للقاعدة الإسلامية في هذا الصدد، فإنه كلما تخلف عن الحق موجب الحماية القضائية فإنه يصبح واجباً ديناً، وكلما تخلف سبب من أسباب وجوب النفقة بين الزوج وزوجته، أو بين الأصول والقروص أو بين الحواشي وذوي الأرحام من جهة وبين ذويهم من جهة أخرى، قام على عاتق من لم يصبح ملزماً قضاءً بالنفقة، التزام خلقي أو واجب دينية بالاتفاق على هؤلاء، ويكون هذا الواجب أولياً عند من يقول بوجوب النفقة لذوي الأرحام والحواشي وهم الملكية والشافعية، أو من لا يقولون بوجوبها للحواشي وهم الحنفية على ما تقدم.

## ٢ - الحقوق التي مضت مدة طويلة دون المطالبة بها:

سبق القول أنه يتخلف التزام طبيعي عن الحقوق التي مضت عليها مدة طويلة حتى تقادم، أي فقدت عنصر المسؤولية أو الإكراه، وبقيت على عنصر المديونية، وسبقت الإشارة إلى المذكرة الإيضاحية لنظام الأوراق التجارية، بالملكة العربية السعودية التي ذكرت أن الحق لا يتقادم في الإسلام أبداً، إذ لا يذهب حق هدرأ في الإسلام، وكل ما يترتب على مضي مدة طويلة دون مطالبة بالحق هو عدم سماع الدعوى، والحكمة من ذلك هو وضع حد للمنازعات، والأمر لا ينتهي عند هذا الحد، إذ تظل ذمة الشخص مشغولة ديانة أمام الله تعالى بالحق، وهذا يعني تحول التزام الشخص من التزام أو واجب قضاء إلى التزام أو واجب دينية، أو بصورة أعم إلى التزام خلقي باعتبار أن الأخلاق جزء لا يتجزأ من العقيدة الإسلامية.

(١) انظر عند الحنابلة كشف القناع على متن الاقتناع لمنصور البهوتي، ط انصار السنة المحمدية ١٣٦٦هـ ج ٥ ص ٣٩٢. وعند الاحتاف انظر شرح العناية (على الهداية) مع فتح القدير للكمال ابن الهمام ط مصطفى محمد ج ٢ ص ٣٥٢. ومن مختصرات الفقه الحنبلي انظر منار السبيل في شرح الدليل للشيخ إبراهيم بن ضويان بتحقيق زهير الشاويش، المكتب الإسلامي (١٣٩٩هـ) ج ٢ ص ٢٠٣. والمحرد في الفقه للشيخ مجد الدين أبي البركات ومعه النكت والفوائد السننية لمجد الدين ابن تيمية، تأليف شمس الدين ابن مقلح الحنبلي المقدسي، ج ٢ مكتبة المعارف الرياض ط ١٤٠٤هـ) ج ٢ ص ١١٧ ومابعدها.

وتأصيل ذلك جليُّ شرعاً، على ما تقدم، ولكن الفقه قدّم طريقة تفسير أخرى توازي النظرية الألمانية في المديونية والإكراه، فقال إن الدين أو الواجب في الفقه الإسلامي يشتمل على عنصرين أساسيين هما «أصل الدين ويتعلق بالذمة، والمطالبة وهي تتبع الأصل»<sup>(١)</sup>، فإذا ادعى شخص حقاً لدى آخر، وذكر أنه قد مضت على ذلك مدة طويلة فقد فقد حقه في المطالبة به قضاءً وإن بقي الدين في ذمة المدين ديانةً، وهذا معنى تعميم سماحة رئيس القضاء السعودي الذي جاء فيه إنه «إذا ادعى شخص على آخر في دار ونحوها، والمدعى عليه حائز للمدعى به مدة طويلة، ويتصرف فيه تصرفاً مطلقاً، ولم يعارضه في ذلك المدعي، مع حضوره ومشاهدته، فإن مثل هذه الدعوى لا تسمع»<sup>(٢)</sup>، وهو أيضاً أساس تعميم سماحته رقم ٦٨١ وتاريخ ١٠/٧/١٣٨١هـ الذي ورد به أنه «إذا وجد وصية قد مضى عليها ما يقارب قرناً من الزمن، دون أن تنفذ، وطلب بعض أبناء الموصي تنفيذها، وقد اقتسم الملك، وتصرف أهله فيه ببيع وغيره، فينبغي ألا يلتفت إلى مثل هذه الوصية، وأن يقدم العمل المستمر، والأيدى التي تداولت الملك، لأن هذا العمل المستمر، يرجح أن هذه الوصية قد عرض عليها ما يوجب عدم اعتبارها، وعدم الاعتبار في هذا التعميم يعني عدم السماع»<sup>(٣)</sup>.

ولاحظ كذلك أن المادة ٨٤ من نظام تنظيم الأعمال الإدارية في الدوائر الشرعية الصادر بالأمر رقم ١٠٩ وتاريخ ٢٤/١/١٣٧٢، تفتح مجالاً لأعمال الالتزام الخلفي أو الواجب ديانة إذ نصت على أنه «لا تسمع الدعوى مطلقاً، في العقار... إذا كانت قبل دخول الحكومة السعودية للحجاز إذا كان السكوت عنها بدون عذر شرعي» وذلك لكي لا تتأبد المنازعات مع بقاء الإحسان قائماً لمن أراد أداء الحقوق بمحض إرادته امتثالاً للواجب ديانةً.

(١) السنهوري (د. عبدالرزاق) مصادر الحق، المجمع العلمي العربي الإسلامي، بيروت ١٩٥٤/٥٢ (مصورة) ج ١ ص ٢٦ وانظر في تطبيقات ذلك الریض المربع، مرجع سابق ج ٢ ص ١٩٦ بالنسبة لاتساع عنصر المطالبة لرجوع صاحب الحق على الدين أو من.

(٢) انظر تعميم سماحته رقم ٨١٦ وتاريخ ٢٠/٨/١٣٨١هـ المؤيد لاحقاً بأكثر من تعميم، في مجموعة الأنظمة واللوائح والتعليمات، وزارة العدل، ص ٨٩ من قسم فهرس أهم التعميمات وانظر التعميم رقم ٤٢٢ وتاريخ ٢٠/٥/١٣٨١هـ بخصوص الوثائق والصكوك التي مضى عليها زمن طويل.

(٣) انظر أسباباً أخرى لعدم سماع الدعوى تتعلق بالدعوى به وبالدعوى وصحتها في المواد ١٦٢١ - ١٦٤٦ من مجلة الأحكام العدلية (فقه حنفي) والمواد ٢٠٩٩ - ٢١١٩ من مجلة الأحكام الشرعية (تجميع حنبلي).

طبيعة وحالات الالتزام الخلقي في الإسلام

ويثور التساؤل عن الفرق بين التقادم وعدم السماع من حيث الأثر، والواقع أن النظرة غير المتعمقة قد تستند إلى وحدة النتيجة للقول بعدم وجود فارق، ولكن الحق خلاف ذلك فالتقادم يتمخض عن التزام طبيعي في ظل القانون الوضعي، ولكن عدم السماع يعنى استمرار الحق، ديانة في ذمة المدين، فلا تبرأ ذمته أمام الله إلا بأدائه.

وهذا يعني تغاير النظرية الإسلامية عن النظرية الوضعية ليس فقط بالنسبة لطبيعة تكون الأفكار، بل أيضاً من حيث طبيعة الجزاء<sup>(١)</sup>، ومن حيث مدى الحقيقة، فهو في القانون الوضعي نسبي كالحقيقة ذاتها وهو في الشريعة الغراء مطلق لا نسبي لأنه، أي الحق، روح العدل الذي شرعه الله في الكتاب الكريم. «فالكتاب والعدل متلازمان، والكتاب هو المبين للشرع؛ فالشرع هو العدل، والعدل هو الشرع، ومن حَكَمَ بالعدل فقد حكم بالشرع... فإن هذا الشرع المنزل كله عدل ليس فيه ظلم ولا جهل»<sup>(٢)</sup>.

### ٣ - التصرف الذي لم يستجمع ركن الشكل:

لقد سبق القول إن التصرف الذي لم يستجمع الشكل يعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً في القانون الوضعي، ولكنه يصدد مدى تخلف التزام طبيعي عنه، فإن الرأي السائد، أن التنفيذ الاختياري لعقد الهبة الباطل شكلاً، من جانب الورثة يعتبر اجازة منهم وكما لو كان تنفيذاً لالتزام طبيعي. والثابت في فقه الشريعة الغراء، أن اشتراط القبض في العقود العينية<sup>(٣)</sup>، أو الرسمية لا يعني قيام العقد بلا إرادة أو نية، فالشكل لا يخلق تصرفاً من

(١) فالجزاء منعدم حال الالتزام الطبيعي والجزاء قائم ديانة في حال الالتزام الخلقي الإسلامي، فالضمير الاجتماعي الذي يقف خلف الالتزام الطبيعي كما أرودت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي والمصري وقد ذكرتهما من قبل لا يلزم، أما الضمير الديني الذي يقف خلف الالتزام الخلقي أو الواجب ديانة في الإسلام فهو ملزم وإذا فقياس الأول عل الثاني قياس كاذب القوانين الوضعية عادة لا تعرف المحرم شرعاً ولا المثالية الدينية ولا قانون الواجب كما في الشريعة انظر دراز، اخلاق القرآن، بالفرنسية طبعة الأزهر ١٩٥٠ ص ٢٨ - ٢٤.

(٢) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، مجلد ٣٥، طبعة بامر خادم الحرمين الشريفين ص ٣٦٦.

(٣) انظر سليم باز، شرح مجلة الأحكام العدلية ط ٢ بهوت ١٨٩٨ م ج ١ ص ٢٦٧، وبيع الملامسة: ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مطبعة الاستقامة ١٩٥٢ م مجلد ٢ ص ١٤٧ ومابعدها.

عدم<sup>(١)</sup> ولا يقضي تخلفه إلى جعله كالعدم<sup>(٢)</sup>، وفقه الشريعة لا يلزم بأن تبرم الهبة في قالب شكلي خاص، مثل إبرامها في وثيقة تحرر أمام موظف عام، وإنما الملزم في بعض المذاهب هو القبض، فعند الحنابلة لا ينتقل الملك في الهبة إلا بالقبض الذي لا ينفذ العقد المبرم إلا به، وهذا ما قاله الشافعية: فالعقد عندهما ينعقد دون قبض ولكنه يكون غير نافذ، وفكرة عدم النفاذ معروفة في القانون الوضعي وهي تعني عدم سريان أحكام العقد لا بطلانه، وعلى مثل هذا نصت المادة ٨٩٩ من مجلة الأحكام الشرعية، إذ قضت بأن «القبض شرط للزوم الهبة...» فقد جعلت العقد بلا قبض غير لازم (أي عقد الهبة)، ومع أنه قد ورد في الفقه الحنبلي أيضاً أن الهبة «تلتزم بالقبض...» فقد قال المروزي اتفق أبو بكر وعمر وعثمان وعلي على أن الهبة لا تجوز إلا مقبوضة<sup>(٣)</sup>، وعدم الجواز هنا لا يعني البطلان وإنما معناه عدم النفاذ أو عدم اللزوم، على الأقل في بعض التفسيرات. والاصل عند المالكية أن عقد الهبة ينعقد نافذاً لازماً بمجرد إبرامه، ولذا يجبر الواهب على التسليم حتى ينتقل الملك<sup>(٤)</sup>، وكذا عند الظاهرية، فلا موجب للقول بالقبض لانعقادها<sup>(٥)</sup> أو نفاذها.

وعليه فإن الهبة ترتب التزاماً يمكن طلب تنفيذه قضاءً عند من قال بأن الشكل أو القبض غير ضروري، فيمكن مطالبة الواهب بتنفيذها أو ورثته، أما من قال بوجوب القبض فإن أخذ ذلك كشرط لانعقاد فانه لا يمكن إجبار الواهب عليها، ولكنه أن نفذها يكون محسناً ومستجيباً هو أو ورثته لواجب أخلاقي أي لواجب دينية، لا قضاءً، ويعتبر هذا

(١) انظر بصند بيع الحصة، شرح العيني على البخاري ط ١ ج ١١ ص ٢٦٧، وبيع الملامسة: ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مطبعة الاستقامة ١٩٥٢م مجلد ٢ ص ١٤٧ ومابعدا.

(٢) انظر د. محمد وحيد الدين سوار، الشكل في الفقه الإسلامي ط ١ (١٤٠٥) إدارة البحوث بمعهد الإدارة العامة، ص ٢٠٢ في الخاتمة.

(٣) انظر في الفقه الحنبلي وفي العبارة الواردة بالمتن، منار السبيل في شرح الدليل على مذهب الإمام أحمد، مرجع سابق ص ٢٥، وفي الفقه الشافعي، انظر المذهب للشيرازي، القاهرة ١٣٤٢ هـ ج ١ (ضمن مجلد من جزئين ص ٤٧٧) والشيرازي هو الشيخ أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف القيروزي بادي... توفي سنة ٤٧٦ هـ.

(٤) انظر شرح الخرخشي على مختصر خليل، ج ٧، القاهرة ١٩٢٩م ص ١٠٦، ١٠٥.

(٥) ابن حزم، المحلى، القاهرة ١٣٥٢ هـ ج ٩ ص ١٢٠، المسألة ١٦٢٩، ولكن قارن الأحناف الذين يشترطون القبض لانتقال الملكية، في بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني (غلاء الدين أبي بكر ابن مسعود...) ج ٦ (مصر ١٣٢٨ هـ) ص ١٢٢.



\* طبيعة ومالات الالتزام الخلقي في الإسلام \*

استجابة لإحدى حكم التشريع الالهي وهي التحلي بالأخلاق الفاضلة والصفات الحميدة... التي تسمو بلرء إلى مراتب الشرف والرفعة...<sup>(١)</sup>

### ثانياً: أهم التطبيقات الأخري لنظرية الواجب الخلقي أو الواجب ديانة:

تطبق هذه النظرية الإسلامية العامة العادلة في كل حالة لا تتوافر فيها كل شروط الإلزام بالواجب قضاء طالما كان الواجب ديانة قائماً فيها شرعاً، وعليه فإن كافة الوقائع والتصرفات التي تقتدر إلى ركن فيها، سواء كان ركن وجود ملزم للواقعة أو شرط انعقاد للتصرف<sup>(٢)</sup> أو شرط صحة، هي مما ترتب واجباً أخلاقياً أو واجباً ديانةً، طالما لا يتناقى أي منها مع النظام العام الإسلامي، وهذا قول يتجاوز كل الأفكار القانونية. ونشير إلى أهم هذه التطبيقات باختصار من مجلة الأحكام الشرعية، التي أشار محققاها في هوامشها إلى أمهات مراجع الفقه الحنبلي، محيلين في ذلك إليها ومشيرين إلى أهم الكتب الأخرى التي لم يرد ذكرها بالمجلة، والتي ينطوي معظمها على شروح موجزة في هذا المذهب الفقهي السائد في المملكة العربية السعودية.

### ١ - حالة الحكم للمدعي بحق لا يستحقه:

قد تحكم المحاكم للمدعي، على المدعي عليه، بحق لا يستحقه شرعاً، إما لأن دليل الإثبات الذي تم الاعتماد عليه قد داخله البطلان، أو جانب الحق، أو أعد سلفاً للكيد للمدعي عليه، بأن زور عليه توقيع لم يكتشف، أو اختلست بصمته وهو نائم، وإما لوقوع المحكمة في خطأ غير مقصود ولم يتم تداركه أو ما إلى ذلك، وهذه كلها أمور محتملة كغيرها من أسباب الحكم للمدعي بحق غير مستحق له، ففي هذه الحالة يقع على عاتق المحكوم له واجب أخلاقي، أو واجب من الواجبات المفروضة ديانةً بالوفاء بما قضى له به. وإذا كانت المادة ٢٠٤٧ من مجلة الأحكام الشرعية<sup>(٣)</sup> تقضي بأن يحلف المحكوم له على الغائب ومن في حكمه يميناً على بقاء حقه، فحلف حالة كونه قد تقاضى هذا الحق أو لم يعد قائماً، فإن ذمته تتشغل بالترام أخلاقي بوجوب رد ما تقاضاه بناء على ذلك، أو بناء على لحن الحجة في أي حال.

(١) العبودي (عبدالله بن حمد بن عبدالله). الحكمة من قطع يد السارق. مجلة البحوث الإسلامية ع ٢٥

(رجب - شوال ١٤٠٩هـ) ص ٣٠٤.

(٢) معلوم في القانون الوضعي أن الباطل لا اثر له قضاءً، وهذا مفهوم في منطق هذا القانون أو ديانةً، لأنه لا يعرف ذلك.

(٣) تأليف القاري (أحمد بن عبدالله)، دراسة وتحقيق: أبي سليمان (د. عبد الوهاب إبراهيم...) وعلى (د.

محمد إبراهيم أحمد) ط ١ دار تهامة ١٤٠١هـ ص ٥٩٨.

فحاصل ذلك أنه لا يجوز في الدين، لمن قضي له بما لا يستحقه أن يأخذه، لأن ذلك ظلم، وفي هذا يقول الفقهاء أن «قضاء القاضي ليس هو الشرع الذي فرض الله على جميع الخلق طاعته، بل القاضي العالم العادل، يصيب تارة ويخطيء تارة، ولو حكم الحاكم لشخص بخلاف الحق في الباطن لم يجز له أخذه، ولو كان الحاكم سيد الأولين والآخرين، كما في الصحيحين عن أم سلمة، قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «إنكم تختصمون إلي، ولعل بعضكم ألحن بحجته من بعض، فأقضي له بنحو مما أسمع، فمن قضيت له من حق أخيه شيئاً، فلا يأخذه، فإنما أقطع له قطعة من النار»<sup>(١)</sup> فبل بعد هذا الهدى النبوي من هدي لمنع الظلم وحفظ الحقوق، فالحكم القضائي لا يخول المدعي ما لا يستحق، لأنه يحل اشكالاً ظاهراً، أما الحقيقة الشرعية أو الحق الباطن، فعلمه عند الله، ثم عند من قضي له دون حق، وهو ملزم ديانة برده، نزولاً على مقتضى الإلزام (الناجم عن الالتزام) الخلقي.

ويحدث عملاً أن يتهياً للقاضي سبب لنقض حكمه، فوفقاً للمادة (٢٠٨٠) من مجلة الأحكام الشرعية «يجب على القاضي أن ينقض حكمه إذا خالف نص كتاب أو سنة صحيحة أو إجماعاً قطعياً، فيثبت عنده السبب الموجب للنقض فينقضه ولا يعتبر لذلك طلب رب الحق» وتنص المادة ٢٠٨١ من نفس المجلة على أن «ينقض القاضي حكمه إذا ثبت عنده من الشهود ما لا يرى معه قبول شهادتهم، كما لو بان أنهم فسقه، أو أنهم من عمودي نسب المشهود له أو أنهم أعداء المشهود عليه». فإذا نقض القاضي حكمه فقد استقام الأمر، ويستبين مآل الحق في ضوء الحق والدليل السليم، فإذا لم يصل القاضي إلى ما يستلزم نقضه حكمه، ولم ينقض الحكم وسلم المدعى عليه للمدعى بطلباته، وكان المدعي يعلم أنه لا حق له فيما قضي له به التزم ديانة برده ما حكم له به.

(١) شيخ الإسلام ابن تيمية، مجموع الفتاوى، مجلد ٣٥، مرجع سابق ص ٢٧٦؛ وانظر الروض المربع، بشرح زاد المستنقع، لليهوئي، مرجع سابق، ج ٢ ص ٢٦٨، فحكم القاضي برفع الخلاف لكنه لا ينزل عن الشيء صفته بل لنا، انظر في تعليل ذلك بالحديث الشريف الوارد بالفتح، منار السبيل للشيخ إبراهيم بن ضويان، مرجع، مايو ج ٢ ص ٤٦٩، وإذا حكم بحق ثم بان كفر الشهود أو فسقهم نقضه ويرجع بالمال ويبدل اللقود المتوثر عن المحكوم له، انظر المحرر في الفقه (معناه الفتك والفوائد السنية لابن مفلح) مرجع سابق ج ٢ ص ١٠ - ٢١١، ويدهي أن يلتزم المحكوم له ديانة برده متقاضاه مادام يعلم بحال الشهود ولو لم يعلم القاضي بذلك.

\* طبيعة وحالات الالتزام الخلقي في الإسلام \*

## ٢ - حالة عدم استحقاق الأجير الممتنع من إكمال العمل لأجر ما عمله من قبل:

تنص المادة ٦٧٧ من مجلة الأحكام الشرعية على أنه: «إذا امتنع الأجير من إكمال العمل المعقود عليه فلا يستحق أجره لما عمل من قبل». وسبب ذلك أنه لم يؤف العمل الذي تعاقد من أجله، وقد مثلوا لذلك بمن استأجر انساناً ليحمل شيئاً ما إلى بلد معين، فحملة بعض الطريق فحسب، أو لكي يحفر «عشرين ذراعاً فحفر.... عشرة وامتنع من حفر الباقي»<sup>(١)</sup>، وهذا الحكم يمكن مده إلى حالات مسئولية الناقل الجوي والبحري والبري، وهو حكم عادل، لأن العامل في الفرضين المذكورين ملزم بنتيجة وليس بوسيلة على ما هو مقرر فقهاً، أو هو للالتزام محدد كما قال مازو، ويجب اتماعه، ولا يحتج في هذا الصدد بالحديث القدسي الذي رواه الإمام أحمد في مسنده والبخاري في صحيحه «عن أبي هريرة رضي الله عنه، قال، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: يقول الله عز وجل ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة، ومن كنت خصمه خصمته... (منهم)... رجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يوفه أجره»<sup>(٢)</sup> ذلك أن الأجير لم يوف ما التزم به<sup>(٣)</sup>، أيًا كانت طبيعة هذا الالتزام المقبول.

ومع ذلك فإن عدل الله جل وعلا يأتي على ضمير رب العمل، أن يهضم حق الأجير، أن كانت قد عادت عليه منفعة من العمل الجزئي، وأقل ما يقال في هذه الحالة أنه مثقل بالالتزام خلقي بأن يعطي العامل مقابل ما أداءه من عمل لأن الإسلام هو دين العدل المطلق، «والورع من قواعد الدين»<sup>(٤)</sup> ومن هدي النبوة ترك ما يريب إلى ما لا يريب، وشرط كل ذلك أن تكون هناك فائدة قد عادت على رب العمل.

(١) أبو سليمان (د. عبد الوهاب) وعلى (د. محمد إبراهيم) في مجلة الأحكام الشرعية، مرجع سابق، ص ٢٥١ هامش ٢.

يمكن القول أن هذه الجزئية عولجت إسلامياً في مخطوطة «أكرية الزونية» بمكتبة الاسكوريال قرب مدريد بأسيانينا وإن كان السياق الأصلي هو في مسألة الخسائر والاتقاء في البحر وحقوق البحارة.

(٢) نيل الأبطار للشوكاني، مرجع سابق ج ٥ ص ٢٩٥.

(٣) الشريف (د. شرف بن علي)، الإجارة الواردة على عمل الإنسان، دراسة مقارنة ط ١ دار الشروق، ١٤٠٠هـ ص ص ٢٢٧ - ٢٧٢. ولعل هذا أيضاً فقه في عقد الإجارة إذا بدا للمستأجر ألا يتم عقد الإيجار قبل انقضاء المدة فعليه جميع الأجرة لأنها عقد لازم، انظر الروض المربع بشرح زاد المستقنع، مرجع سابق ج ٢ ص ٢١٧ لكن إذا عن للمؤجر أن يعطي المستأجر مقابل المدة الباقية أي ينتقصها من الأجرة فهذا إحسان منه.

(٤) شيخ الإسلام ابن تيمية، مجموع الفتاوى، مرجع سابق، مجلد ٢٩ ص ٣١٥.

### ٣ - المال المأخوذ عن غش :

إن من أهم محاسن الفقه الإسلامي إبرازه نظرية الإعلان الجزئي التي لم تدرس بعمق إلا حديثاً، والمقصود هو تفريق الصفقة، كمن يبيع لأخر خلاً وخمراً فإن للمشتري أن يرد الخمر ويبقى العقد صحيحاً في الآخر، وتعرف المادة ١٦٩ من مجلة الأحكام الشرعية ذلك بقولها «تفريق الصفقة: هو تفريق ما بيع صفقة واحدة». ولكن إذا خدع البائع المشتري وخطط له ما يجوز بما لا يجوز، فإن من فعل ذلك آثم، وطالما لم يصل الأمر إلى القضاء، فهو ملزم ديناً بتعويض المشتري عما لحقه من ضرر، فقد يكون بائع التمور قد خلط نوعين ببعضهما، على نحو لا يفهمه إلا الخبير لا الشخص البسيط العادي وعندئذ يرد البائع للمشتري الفرق، وله أن يعرضه إعمالاً لحسنه الديني وشعوره بالإثم، ولأن هذا هو الواجب عليه ديناً ويعتبر ذلك وفاء بالتزام طبيعي، وهكذا.

ويربط فقهاء الإسلام ذلك بالعقيدة، فالمؤمن يلتزم شرائع الإسلام، فإن خالف ذلك ألزم قضاء بما يرد على العباد حقوقهم، وإلا فإنه يكون ملزماً ديناً بذلك، فليس لبائع أن يُدخل صوفياً لا ينتفع به، فيخلطه بمشاق الكتان على سبيل التدليس ويكتما أن ذلك على المشتري، والقاعدة أن «كل ما كان من الغش في المطاعم والملابس وغير ذلك إذا لم يعلم مقدار الغش، فإنه ينهى عن ذلك»<sup>(١)</sup> فإذا لم يتم تدارك ذلك قضاءً وجب جبر الضرر ديناً، ويسري ذلك على حالات الفوائد الربوية التي يأخذها المرابي من الناس وما جرى مجراها، والتي تحتاج إلى دراسة تفصيلية.

والحاصل من كل ما تقدم أن نظرية الالتزام الخلقي في فقه الشريعة الغراء أعم من أن تحدها فروض نظامية أو قانونية، وأنها لذلك يجب أن تحل محل نظرية الالتزام الطبيعي في الدول الإسلامية التي تطبق القوانين الوضعية، فلا خير إلا في شرع الله.

(١) شيخ الإسلام ابن تيمية، مجموع الفتاوى، مرجع سابق، مجلد ٢٩، ص ٣٦٢، ٣٦٣.

\* طبيعة وحالات الالتزام الخلقي في الإسلام \*

### المبحث الثالث

#### أثر عدم الوفاء بالالتزام الخلقي

من شُغلت ذمته بالالتزام خلقي، تعيَّن عليه الوفاء به، وإلا ترتبت على ذلك آثار شرعية هامة منها:

##### أولاً: تحمل الجزاء الأخرى:

نعم لا يستطيع صاحب الحق، الذي لم يعد من الممكن سماع دعواه، أن يطلب به، أو يجبر المدين على الوفاء به، ولكن الأمر في مجال الشريعة الغراء، لا ينتهي عند هذا الحد، إذ يصبح المدين أملاً لتحمل الجزاء الأخرى، ذلك أن أهم ما يميز القاعدة الشرعية، إنها ذات جزاء أخروي، فإذا افتك العبد من الجزاء الدنيوي، فأتى له الهروب من الجزاء الأخرى.

وعلى ذلك فإن الذين يضحكون، بعد خروجهم من ساحات المحاكم، لأن خصمهم خسر دعواه، رغم أنه صاحب الحق فيها، أو الذين يضحكون، لأن صاحب الحق تركهم مدة طويلة دون أن يطالبهم بمستحققاته حتى أصبح من غير الممكن سماع دعواهم، هؤلاء يضحكون على أنفسهم، ولهم في الآخرة عذاب شديد.

وأساس ذلك أنهم لم يُحْكَمُوا ضمانهم فيما يتحمل كاهلهم من التزامات، فخالفوا قول الله تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كُنْ مَسْئُولاً﴾<sup>(١)</sup>، كما خالفوا الطبيعة الإنسانية الخيرة فيهم، وخانوا أماناتهم، فصاروا من المنافقين الذين إذا اتهموا خانوا. وقد قال ﷺ: «آية المنافق ثلاث، إذا حدث كذب، وإذا وعد خلف، وإذا أُنْتُمَن خان»<sup>(٢)</sup>، كما خالفوا مقتضى عقيدة التوحيد<sup>(٣)</sup> التي تقوم على صدق العهد مع الله، فأصبحوا كاذبين. وقد قال الله تعالى: ﴿فَاعْقِبْهُمْ نَفَقًا فِي قُلُوبِهِمْ إِلَى يَوْمِ يَلْقَوْنَهُ بِمَا

(١) سورة الإسراء: من الآية ٣٤.

(٢) صحيح البخاري، كتاب الإيمان، باب ٢٤.

(٣) د. محمد شتا أبو سعد: متبعون لامبتدعون، الرياض ١٤١٢ هـ ص ٨٥ و ١٥٠.

أخلفوا الله ما وعده وبما كانوا يكذبون ﴿١﴾.

وتحكيك الضمير في مسألة وجوب الوفاء بالالتزام الخلقي، تعني في الحقيقة كمال عقيدة الشخص، وصيرورة ظاهره كباطنه، بحيث ينبع الإلزام من ذاته، لا خوفاً من المجتمع ولا تحسباً للوم الناس، بل خوفاً من النفس ذاتها، أي نفس الشخص، تلك النفس التي اطمأنت لشرع الله فلم تخالفه، ولامت نفسها عند كل نازعة شر، أو بارقة إحساس بضر يحتمل إيقاعه بالغير، فينبع الإلزام الذاتي في نفس الإنسان، من منطلق نور الحق الذي أودعه الرحمن في أعماق كل إنسان، اتقاءً ليوم لا تجزى نفس عن نفس شيئاً، فيه توفى كل نفس ما كسبت، وتجد ما عملت من خير محضراً، وحيث لا تكسب كل نفس إلا عليها، يوم لو أن لكل نفس ظلمت ما في الأرض لافتدت به، يوم لا تجادل النفس فيه عن نفسها، لصعوبة ذلك عليها إن كانت قد ظلمت غيرها، ولأجل هذه المعاني كلها، ولرد ظلم الإنسان عن أخيه الإنسان، ووجوب تحريك ضميره للوفاء بما عليه قبل يوم الجزاء يقول الله تبارك وتعالى: ﴿وَاتَّقُوا يَوْمًا لَا تَجْزِي نَفْسٌ عَنْ نَفْسٍ شَيْئًا وَلَا يَقْبَلَ منها شَفَاعَةٌ، وَلَا يُؤْخَذُ منها عَدْلٌ وَلَا هُمْ يَنْصُرُونَ﴾ (٢) وقال جل شأنه: ﴿يَوْمَ تَجِدُ كُلُّ نَفْسٍ مَا عَمِلَتْ مِنْ خَيْرٍ مُحْضَرًا، وَمَا عَمِلَتْ مِنْ سُوءٍ تَوَدُّ لَوْ أَنَّ بَيْنَهَا وَبَيْنَهُ أَمَدًا بَعِيدًا، وَيَحْذَرُكُمُ اللَّهُ نَفْسَهُ وَاللَّهُ رَؤُوفٌ بِالْعِبَادِ﴾ (٣) وقال تعالى: ﴿فَالْيَوْمَ لَا تَظْلُمُ نَفْسٌ شَيْئًا وَلَا تَجْزُونَ إِلَّا مَا كُنْتُمْ تَعْمَلُونَ﴾ (٤).

فهل بعد ذلك يستطيع إنسان أن يأكل مال غيره بالباطل، إن ظن أنه ليس هناك التزام مكفول بالجزاء القضائي؟، فهناك التزام أعظم هو الالتزام الخلقي المكفول بالجزاء الإلهي، وما أعظمه من جزاء، وما أودعه من جزاء، وما أعدله من جزاء.

### ثانيًا: تحمل عناء وحرال ضمير الإنسان:

إن المسؤولية الخلقية، التي هي التعبير الأشمل عن الالتزام الخلقي، تتسم بسمات عقدية، جعلتها تحرك في الإنسان المسلم كوامن تصوراته الداخلية لكي تتفق مع الحقيقة الإيمانية، فلا يخالف أمر الله بالوفاء بما التزم به، أيًا كان زمان أو مكان هذا الالتزام،

(١) سورة التوبة، الآية ٧٧.

(٢) سورة البقرة، الآية: ٤٨.

(٣) سورة آل عمران، الآية: ٣٠.

(٤) سورة يس: الآية ٥٤.

\* طبيعة وحالات الالتزام الخلقي في الإسلام \*

فإن خالف شرع الله، كان له، فضلاً عن الجزاء الأخروي، أن يتحمل عناء وخز الضمير، حيث أودع الله في أعماق كل مسلم محكمة، فيها عدل الله الأبدى، ونور الحق السرمدي، ميزانها الحق، وعبادتها الانصاف، وشهادتها هي عين الصديق، لأنها محكمة خفية، لا يستطيع أن يتهرب منها إنسان، أو أن يذات من عدالتها أثم، وكيف لا وهي منار السبيل لعدالة الآخرة، حيث قدم لنا الملك الرحمن كرم، مخلص النفس وينأى بها عن وخز هذا الضمير، وعناء هذه المحاكمة.

وبياناً لتلك الحق تبارك وتعالى: ﴿وكل إنسان لذمته طائرته في عنقه ونخرجه له يوم القيامة كتاباً يلقاه منشوراً﴾<sup>(١)</sup> ﴿أفرا كتابك على نفسك اليوم عليك حسبي﴾<sup>(٢)</sup>. ولذا فمن حق الإنسان أن يخاف الآن عذاب مسميه، قبل أن تكون النفس عليه حسباً يوم القيامة، حيث يتأكد له أن الأمر جد لا هزل وبه، وإن الحساب حق لا جدال معه، وإن الملاك يكتبان وإن الإنسان بيده أن يكون من أصحاب اليمين، قيل أن يقول مع القائلين ﴿يا ويلتنا ما لهذا الكتاب لا يغادر صغيرة ولا كبيرة إلا احصاها ووجدوا ما عملوا حاضراً ولا يظلم ربك أحدا﴾<sup>(٣)</sup>.

وتمثل وخز الضمير، في أنه يعرض على من يأكل حقوق غيره، الحقيقة كاملة، بلا تزيف ولا زيادة ولا نقصان، ينتبه إلى أن الإلزام الخلقي ينبني على أن النفس لا يجب أن تخفى عن المخلوقين ما سيطلعه عليهم رب العالمين، يوم يرد إليهم حقوقهم، ويعيد إليهم غصوبهم ﴿وإن تبدوا ما في أنفسكم أو تخفوه يحاسبكم به الله﴾<sup>(٤)</sup>

### ثالثاً: التردّي الشخصي في الخطيئة:

وإذا كان عذاب الآخرة وخز الضمير أمرين واقعين بالنسبة لكل من ظلم غيره، ولم يف بما عليه من التزامات، حتى وإن كانت هذه الالتزامات التزامات خلقية، فإن محصلة ذلك أن المسؤولية عن الوفاء بالالتزام الخلقي هي مسئولية شخصية، فمن ظلم غيره، يقع وحده تحت طائلة المسؤولية. وربما كان هناك أب يظلم من أجل ابنه أو أخ يظلم من أجل أخيه أو زوج يظلم من أجل أهل زوجته أو كبير يظلم من أجل عصبية وسمعته، فكل من

(١) سورة الإسراء الآية: ١٤.

(٢) سورة الإسراء الآية: ١٥.

(٣) سورة الكهف، من الآية ٤٩.

(٤) سورة البقرة، من الآية: ٢٨٤.

ظلم من هؤلاء يتردى تردياً شخصياً في الخطيئة، ولا يمحو عنه خطاياهم إلا وقاؤه بما يتقيل كاهله من التزامات وأخصها تلك الالتزامات الخلقية أو الواجبات ديانة، بحسبان إنها لا تجد لها في الحماية القضائية موئلاً يخيف الظالمين ومقتصبي الحقوق ومنكرها، ومن حكم لهم بها دون وجه حق، ومن أقسموا زوراً أنهم غير مدينين بها، ومن تقع عليهم نفقة فيتحاشون الوفاء بها فكل من هؤلاء منكر للالتزام خلقي يتقيل كاهله، وسيتحمل وحده جزاء خطيئته، ولا يمكن أن يتحملها عنه شخص آخر سواء.

قال تعالى: ﴿وَمَن يَكْسِبْ إِثْمًا فَإِنَّمَا يَكْسِبْهُ عَلَىٰ نَفْسِهِ﴾ <sup>(١)</sup> وقال سبحانه: ﴿لَهَا مَكْسِبٌ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ﴾ <sup>(٢)</sup> وقال عز من قائل: ﴿وَلَا تَزِرْ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾ <sup>(٣)</sup>، وقال أصدق القائلين: ﴿تِلْكَ أُمَّةٌ قَدْ خَلَتْ لَهَا مَكْسِبٌ وَلَكُمْ مَكْسِبٌ وَلَا تَسْأَلُونَ عَمَّا كَانُوا يَعْمَلُونَ﴾ <sup>(٤)</sup>.

والذين يتدعون للناس في حياتهم أموراً لمساعدتهم على عدم الوفاء بالتزاماتهم مجازون منهم، وليس في ذلك أدنى انتقاص من مسئولية من استشاروهم أو وكلوهم أو أخذوا بأرائهم أو ركنوا إلى حججهم. قال ﷺ: «من سن في الإسلام سنة حسنة فله أجرها وأجر من عمل بها من بعده، من غير أن ينقص من أجورهم شيء، ومن سن في الإسلام سنة سيئة كان عليه وزرها ووزر من عمل بها من بعده، من غير أن ينقص من أوزارهم شيء» <sup>(٥)</sup> أو كما قال ﷺ.

#### رابعاً: تحمل تبعه الركون إلى الهوى:

الذين لا يقون بالالتزامات الخلقية، هم ممن آثروا الحياة الدنيا، واتبعوا أهواءهم، والهوى يردى إلا من عصم الله، ولا يجوز لأحد أن يفرح أن أحداً نال حقوق غيره لعدم جواز سماع دعوى هذا الغير أو لأي سبب آخر، وتقليده في مسلكه، وإلا فشت فاشية تقليد المنكر، ودالت حقيقة الأمر بالمعروف. قال تعالى: ﴿وَلَكِنَّهُ أَخْلَدَ إِلَى الْأَرْضِ وَاتَّبَعَ

(١) سورة النساء، من الآية: ١١١.

(٢) سورة البقرة، من الآية: ٢٨٦.

(٣) سورة الإسراء، من الآية: ١٥.

(٤) سورة البقرة، الآية: ١٣٤.

(٥) مختصر صحيح مسلم للحافظ المنري، الكويت، الحديث رقم ٥٢٣.



« طيبة نجات الالتزام الخلقي في الإسلام »

هواه<sup>(١)</sup> وعلى ذلك فمن ساير الآخرين في إضاعة الحقوق، أو ظن أنه طالما لا يستطيع الدائن أن ينال حقه من طريق القضاء فهو حل من أمر الوفاء، من فعل ذلك، فعليه أن يتحمل تبعه الركون إلى الهوى، في أمر يدخل في صميم العقيدة، دون أن يكون مضطراً إلى ذلك، ولا مجبراً عليه، وذلك قد يذهب بإيمانه، لأنه لم يستطع مقاومة هواه والتغلب على نوازع الشر في أعماقه، ففقد على نور العقل في داخله، وتجرد من حاسة الإيمان في ذاته، ولم يستطع الوقوف أمام نزعاته ولا أمام نزغات الشيطان، والتمس في المادة جاذبيتها الحسية، ونأى في الواقع عن جوهر القيم الروحية، ومثل هذا الإنسان عليه أن يتحمل تبعه الركون إلى هواه، وتغليب شهواته، وجبه للمال، على هدى أعلم العالمين وأحكم الحاكمين ﴿ إن النفس لأُمّارة بالسوء إلا مارجم ربّي ﴾<sup>(٢)</sup>.

إنه لا يتصور أن يتمتع أناس عن الوفاء بالالتزامات الخلقية التي تثقل كاهلهم، في الوقت الذي تقدم لنا فيه السنة المطهرة، حالات يجرم فيها الناس ويتقدمون لإنزال الحد الشرعي بهم، كما هو معلوم في بعض حالات الرتا، حيث اتوا تلقائياً، مقرين بجرمهم، ويطلبون تطبيق الحد الشرعي عليهم، فأين هؤلاء من هؤلاء. إن أقل ما يقال لمن لا يقومون بالوفاء بحقوق غيرهم حتى وإن تعلق الأمر بالتزامات خلقية، إن الندم هو السبيل الوحيد لانتفاخ باب التوبة، ومن ثم الوفاء بحقوق الغير عن طوعية واختيار، لا عن قهر وإجبار، فبذلك تتجلى أهمية تأسيس الالتزام الخلقي على المسائل العقدية، وقد قال ﷺ « إن الله عز وجل ليقبل توبة العبد ما لم يغرغر<sup>(٣)</sup>، فإذا استجاب الإنسان لنداء الديان، كسب نفسه، وإن أبى إلا أكل أموال الناس بالباطل، فقد خسر نفسه، وتحمل تبعه الركون إلى هواه، ولا حول ولا قوة إلا بالله.

(١) سورة الأعراف، من الآية: ١٧٦.

(٢) سورة يوسف، من الآية: ٥٢.

(٣) صحيح مسلم - كتاب التوبة - الباب الخامس.

## الخلاصة

- يمكن القول أن هذا البحث قد انتهى إلى خلاصة حاصلها:
- ١ - إن الالتزام المسمى بالالتزام الطبيعي لازال يشكل على الصعيد العلمي مشكلة تحتاج إلى مزيد من الدراسات: ذلك أن أقصى ما قيل فيه، إنه إلزام غير مشمول بدعوى قضائية لحمايته، ولذا برز التناقض العلمي حول تسميته: فكيف يكون التزاما وكيف يكون غير ملزم.
  - ٢ - والنظرية الإسلامية قدمت الحل لهذا التناقض فبحثت طبيعة هذا الالتزام بحثاً عقدياً شرعياً لا بحثاً وضعياً، ولما كانت الأخلاق جزءاً لا يتجزأ من الشريعة الغراء، فإن الفقه الإسلامي استطاع أن يسمي الأمور بأسمائها ويطلق على هذا الالتزام اصطلاح الالتزام الأخلاقي، فمصدره أخلاق الإسلام كجزء من العقيدة، أو اصطلاح الواجب ديانةً.
  - ٣ - وإذا كان البعض لازال حائراً في تحديد طبيعة هذا الالتزام فمن نظرية تقليدية تقول بوحدة الطبيعة بين الالتزامين المدني والطبيعي إلى نظرية حديثة تغاير بينهما، وفي كل الأحوال يبقى هذا الالتزام في حاجة إلى نصوص تقره حتى يستطيع القاضي أن يأخذ بمضمونه.
  - ٤ - فإن النظرية الإسلامية استناداً إلى مصادرها الأساسية المتفق عليها وهي القرآن والسنة وإجماع علماء الأمة والاجتهاد في نطق المصادر الثلاثة الأولى، قد استطاعت، أن تصل إلى طبيعة هذا الالتزام وهو أنه التزام ملزم أخلاقاً، وهو بهذه المثابة ملزم ديانةً، فالالتزام الطبيعي، يجسد فكرة الواجب ديانةً، كمقابل لفكرة الواجب قضاءً، وإذا كان كل واجب قضاءً ينطوي على واجب ديانةً إلا أنه ليس كل واجب ديانةً يعتبر واجباً قضاءً.
  - ٥ - وعلى ذلك فإنه إذا كان الأساس المعروف الآن للنظرية المسماة بالالتزام الطبيعي عند البعض، وفي آخر مراحل التطور يكمن في الأخلاق أو التزامات الشعور أو الضمير، فإن هذه الأخلاق لا تلزم في غير مجال الشريعة الغراء إلا بعد أداء الالتزام أو الوفاء به، حيث أن ما تم الوفاء به عن بيعة لا يجوز الرجوع فيه.
  - ٦ - أما في المجال الشرعي فإن الأخلاق ملزمة دائماً وإلا تعرض الإنسان لجزاء أخروي وهذا يدفع المدين بالتزام أخلاقي إلى وجوب الوفاء به.

طبيعة وحالات الالتزام الخلقي في الإسلام

٧ - وتأسيساً على ما تقدم فإن النظرية غير الإسلامية في مجال الالتزامات الطبيعية هي نظرية نسبية معيارية تختلف من مكان إلى مكان ومن زمان إلى زمان، ذلك أنها تتطور بتطور الفكر الإنساني في مجال الأخلاق، ويترتب على ذلك أن هذه النظرية تحتاج إلى آراء فقهية مستمرة تبين ما يعتبر وما لا يعتبر التزاماً طبيعياً حسب الشعور الجماعي العام والضغط الاجتماعي والرغبة المستمرة في التطوير.

٨ - وفي مقابل ذلك تقف النظرية الإسلامية في الالتزام الخلقي على أرض ثابتة هي أرض العقيدة، التي تجعل من هذه النظرية فكرة محددة المعالم، وغير محصورة الفروض، فالإسلام دين كامل، والأخلاق كجزء منه هي بدورها إطار كامل ومحدد، ولذا فإن نظرية الالتزام الخلقي إذ تستند إلى الأخلاق فإنها فكرة ثابتة وليست معيارية، وثابتة لا يعنى جمودها، بل يعنى انضباط الفكرة التي تنبثق منها، واتساعها لكل مقتضيات الاجتهاد في الإسلام، واستجابتها لكل الأعراف الصحيحة، أي التي لا تعطل نصاً ثابتاً أو أصلاً قطعياً في الشريعة الغراء<sup>(١)</sup>.

٩ - وإذا كان القاضي يبحث لنفسه دائماً عن معايير وضوابط تجعله لا يتقبل من الالتزامات الطبيعية في المجال الوضعي إلا ما يتناسب مع إرادة المجتمع وواضع النص، وتحري فكرة النظام العام.

١٠ - فإن القاضي المسلم، لا يجد نفسه ملزماً بأفكار وضعية مرنة يختلف تقديرها، ففكرة النظام العام من الأفكار الهلامية المرنة التي تتأبى على التحديد والضبط، ولذا لا يجد القاضي المسلم نفسه ملزماً بها، بل يلتزم بفكرة شرعية هامة هي فكرة النظام العام الإسلامي، أو بالأحرى فكرة المصلحة الإسلامية كفكرة شرعية لا كفكرة مادية نفعية، ومن خلال ذلك فإن كل ما يحمي مصالح الناس المالية يعتبر جزءاً لا يتجزأ من فكرة النظام العام في الإسلام، وبذا يكون اجتهاد القاضي المسلم بصدد فكرة الالتزام الخلقي أو الالتزامات الخلقية، أو الواجب ديانة، اجتهاد لا يتقيد بإرادة جماعة معينة في المجتمع، لأن المصالح الاجتماعية النفعية تتفاوت، بل

---

(١) انظر بحثاً قيمياً وموسعاً في هذا الصدد للأستاذ الدكتور صالح بن غانم السدلان، بمجلة البحوث الفقهية المعاصرة، ع ١١ (ربيع الآخر - جمادى الآخرة ١٤١٢هـ) ص ٣١ بعنوان: قاعدة العادة محكمة. ود. محمد شتا أبو سعد، مستقبل التشريع الإسلامي، ج ٢، لا ضرر ولا ضرار في الإسلام ط ١٩٧٦م ص ٢٧ وما بعدها تحت عنوان قاعدة: العادة محكمة.

اجتهاد يتقيد بإرادة الشارع الحكيم الذي لا يظلم الناس شيئاً وإن كان الناس أنفسهم يظلمون.

١١ - إن الذي لا يوفي بالالتزام الطبيعي، في غير النظام الإسلامي لا يتعرض لجزاء، أما في الإسلام فإن عدم الوفاء بالالتزام الخلقي يوقع الشخص تحت طائلة الجزاء الأخرى ومحاكمة الضمير، والتردي الشخصي في الخطيئة وتحمل تبعه الركون للهوى. هذا وبإش التوفيق.

## NATURE AND CASES OF MORAL OBLIGATION IN ISLAM

Dr. Muhammad Ibn Muhammad Shitta Abu Saad.\*

In this life, man is found in either one of these two situations: either a creditor or a debtor. If he was a creditor, it is his right to obtain his dues however long they remain undemanded, and they are not dropped by prescription: and if he was a debtor, it is his duty to repay and fulfill those obligations inspite of prescription. The due repayable right is the positive aspect of the debt, and the negative aspect of that when a right becomes too difficult to demand because of the long prescriptive period. In this case it would be rather impossible to force the debtor to fulfill that obligation. However, morality in Islam obliges the debtor, by his own option to fulfill the dues on him, which is known as the moral obligation.

### Nature of Moral Obligation in Islam:

#### Firstly:- The Idea of Moral Obligation:-

\* Prescription results in not hearing a case, whether it is a case of debt in cash or in kind. Hence the right is dropped and the obligation of the debtor is no longer guaranteed by the judiciary and it can not be obliged. Based on that, the one who lays his hand on a property for a period of time long enough to render hearing a case on that property impossible, then it is not permissible for the judge to hear it. The period of time which prevents hearing a case is between fifteen years and thirty three years. Imam Malik determined the period by ten years as concerning the possession of real estate if the possessor was unrelated, but if he was next of kin, then the period would reach sixty years. As for assets, the period might be one year for a garment, three years for the beast of burden and household items. As for the fixed debts the period of their prescription ranges between twenty years when there is no excuse and thirty years. Ibn Rushd stated that the period of prescription would not have any effect on such debts as they remain constant on one's responsibility. It is also stated that the question of prescription is left for the discretion and the independent reasoning of the judge, so as to determine the period of time for each case. For this reason obligation in all its sorts requires and obliges the debtor to fulfill his dues. If the period of time was too long to permit hearing the case, the debtor should be morally obliged towards the fulfillment of the dues on him, relying on the Islamic morals which are considered an unseparable part of the Islamic faith.

Secondly:- The statement of the theory of moral obligation or duty is religious by reference. This means that if someone was indebted and the legal motive for hearing the case on that debt no longer existed, he would be obliged to respond to the religious duty or the Shari'a morals and fulfill the dues on him.

- 
- \* Ex-Professor in a number of Arab Universities.
  - \* Counselor in the Egyptian court of Appeals
  - \* Works now as consultant in the General Organization for Social Insurance in Saudi Arabia.

**Thirdly:-** The analysis of the statement : The analysis of this statement is done through the discussion of these points:-

1 - The moral obligation in Islam is an inseparable part of the Islamic legislation, which sets the rules of faith and of religious rituals, and it also contains the behavioural rules which aim at elevating the souls to the highest human levels towards perfection.

The morals in Islam are part of faith and one source of obligation. The Shari'a trains the people for doing the righteous, and deter them from devouring the rights of the others wrongfully, whether that right was dropped by prescription, or it was a due payable right due to a moral motive based on fruitful work or cooperation. For these reasons the theory of moral obligation remains part of the concept of the Islamic Shari'a, as it is comprising all that is ordained by Almighty Allah to His creatures in the form of beliefs, worships, morals, transactions and the means of life in its different aspects, to enable them achieve happiness in this life and in the Hereafter.

2 - The moral obligation is always supported by the text. Some examples of the texts which oblige fulfilling one's dues are seen in the following verses :-

"And if one of you  
Deposits a thing  
On trust with another  
Let the trustee  
(Faithfully) discharge  
His trust." (1)

And in another verse Almighty says:-

"Eat not up your property  
Among yourselves in vanities." (2)

And in another verse He says:-

"God doth command you  
To render back your Trusts  
To those to whom they are due." (3)

Prophet Muhammad, peace be upon him said, "a hand is obliged by what it has taken until it pays it back."

So rendering back the trusts is supported by text, and the Islamic morals, being part of the Islamic legislation, acknowledge it even if there was no evidence to support having a right on that trust, or that a long period of time has passed, preventing the demand of that trust. An example of that is seen in forbidding eating the property of other people in vanities, whether by way of bribes or a dishonest work, or getting rich with no obvious reasons as in the normal state of affairs. In the same footing comes the

(1) Surat-ul- Baqara verse 283

(2) Surat-ul- Nissa verse 29

(3) Surat-ul- Nissa verse 58

fulfilment of obligations which is absolute as far as time and property eaten through usury are concerned. Morally property eaten in such a way should be rendered back to its owner, as obliged by the Shari'a texts and the Islamic morals.

**3 – The Moral Obligation or the Religious Duty as a Unique Source of Obligation:-**

The morals alone do oblige in Islam even if they are not supported by text because the texts of obligation are limited whereas the occurrences of people are unlimited. Therefore (Ijtihad) or independent reasoning might not reach the essence of the obliging principle, hence, morals remain a basic part of the Islamic legislation obliging by themselves, relying on the statement that morals are part of the faith of unification and that they are part of the ordinances of the religion.

**4 – The morals are one source of the ethical obligations in dealings and transactions:-**

Morals are an educational aim in the worships and an ethical obligation in dealings, rendering the life of people based on fairness and right and leading to the following:-

a – the fulfillment of the dues which are not obligating situationally is a response to a religious duty whose origin is morals. Being so it is an approach to Almighty Allah.

b – this fulfillment is an observation of the virtues of the Holy Book and the Sunnah, and what encouragement they diffuse in the soul of the virtue seeker for the restraint of appetite and greed for wealth.

c – it also means the elevation of the soul in the higher levels of faith where the essence is the same as the appearance, and the fulfillment of the religious duty is something which emerges from the inside of man and not as a result of any material or moral coercion.

**5 – Moral obligation is based on the idea of kindness:-**

which is the state of worshipping Allah as if you see Him, and if you do not see Him, He sees you. The worship which is not accompanied by the righteous work is not enough. That is why kindness should enter the field of dealings and interactions. In case that happens, man would reach the level of obliging himself with the morals of Islam and performing all the duties ordained by the religion, bearing in mind this idea of kindness, which advocates the following:-

a - The duty to fulfill all the obligations in which the mandatory element is rendered ineffective and weak, and so those obligations became a religious duty such as the dues on which a long period of time has passed rendering them unclaimable because cases on them can not be heard.

b – The fulfillment of the obligations which do not reach the level of duties. Kindness means that a person should be sincere and devoted, having no doubts in his faith. When one is like so, he would judge by his mind and listen to his sense of justice. Social pressure and the testimony of the group would not be the reason for the fulfillment of those duties, but it is the conscience of the individual which urges him in this case.

c – The fulfillment of all the obligations which are not supported by any case, whatever the reason for that might be. To be able to do that, the purpose of the ordered must coincide with that of Allah Almighty in that legislation, so that all the affairs of the people are to be based on justice and no right is to be lost in vain in Islam. The religious

sanctions deeply rooted in the human soul, guided by the nature of following the righteous, would lead man for the fulfillment of the obligations, even if they are not supported, all this hoping for the reward from Allah and fearing his punishment in the Hereafter.

**The Situations of Moral Obligation or The Religious Duty in the (Fiqh) of Shari'a :-**

**Firstly:-** This theory includes unlimited cases, the Islamic jurisprudence formulated a general theory which is the theory of moral obligation or the religious duty. It is an original theory with unlimited applications in the (Fiqh) of the Shari'a because of the generalization of the principles in the Holy Quran and the Sunnah, upon which that theory is based. These applications are special aspects which have a common factor in the Shari'a. This factor states that not all due rights are to be demanded through the judiciary, but these rights are to be fulfilled as a religious duty in response to the religious ordinance upon which the theory of moral obligation is based. This is one statement which affirms the superiority of the Shari'a of Allah. This theory is also characterized by being a rich theory, where (Ijtihad) independent reasoning, being one source of legislation, may bring upon it an automatic renewal ready to contain all the probabilities which are included in the present text.

**Secondly :- The Applications of the Theory of Moral Obligation In The Kingdom of Saudi Arabia:**

Within the Shari'a which is applied in all aspects of life in the Kingdom of Saudi Arabia, no right is lost in vain. The idea of prescription here is not acknowledged, but instead the idea of not hearing a case is adopted but without violating anybody's due rights. This is derived from the resolution of the Council of Ministers No. 990 dated 15/6/1396 and from the explanatory note on the regulation of the Saudi commercial transactions issued under the royal decree No. M/37 dated 11/10/1383. In this regulation the word prescription was not used, and instead the expression not hearing the case was substituted. All this in observation of the Shari'a rules which do not acknowledge the dropping of the right through passage of time.

Islam obliges the debtor to fulfill his due debts and that is a judicial obligation in every debt for which the elements of that obligation are completed. In case that an element of that obligation was not complete, that judicial obligation becomes a religious obligation. Prophet Muhammad, peace be upon him asked the protection of Allah from debts. He, peace be upon him, said, "the one who took the rights of the others, with the intention of rendering them back, Allah would help him, and if he took them with the intention of destroying them, Allah would destroy him." Islam urged the people to fulfill their debts. Prophet Muhammad, peace be upon him said, "the soul of the believer is suspended until all dues on him are fulfilled:"

**The Extent of The Theory of Moral Obligation or Religious Duty To Include The Solutions Adopted By The Secular Theory:-**

The applications advocated under the theory of natural obligation are numerous, but the obligation in these applications is not referred to a religious contractual element or even the notion of any punishment, contrary to the Islamic theory in which the obligation is referred to the Islamic faith and to the idea of kindness contained in it as being



an obliging idea religiously. The most important applications mentioned in the secular theory and which affirm, after being studied, the superiority of the Islamic theory are seen in the following obligations:-

**1 - Alimony:-** Alimony in the Fiqh of Shari'a is obligatory on the husband to his wife and on the ancestors to the descendants and on the descendants to the ancestors. But as for the marginal relatives, the Malikis and the Shafies think that alimony is not obligatory to them. The Hanbalis and the Hanafis say that alimony is obligatory to marginal relatives, although the Hanafis limit it to the cognate relatives and exclude the marginal relatives. Alimony becomes obligatory to cognate relatives and marginal relatives if all its conditions are fulfilled, some of which are the poverty and inability to earn of the one to receive it and the ability of the one to donate it, who should also be an inheritor of the one given. According to the Islamic principle in this concern, it is known that whenever the obligation of the judicial support is lacking in a case (of debt) then it turns into a religious duty. Hence whenever one reason for the obligation of alimony from the husband to his wife, or from the ancestors to the descendants or the marginal relatives and the cognate relatives and their ancestors is lacking, then there would not be any judicial obligation, but nevertheless there is the moral obligation to give alimony to them,

## **2 - The Rights Which Are Not Claimed For a Long Time.**

There is natural obligation as concerning the rights which remain unclaimed for a long period of time, until they lack the element of responsibility or compulsion and are kept on the factor of indebtedness. A right is never dropped by prescription in Islam. No right is ever lost in vain. All that may result from claiming a right for long period of time is only that a case on it may not be heard, but the case would not stop at this point for the debtor would be for ever responsible religiously for the debts he had taken. This means that the obligations due on someone change from obligations supported by the judicial force to religious obligations. The difference between prescription and not hearing a case is seen in the effect of each idea. Prescription results into a natural obligation under the secular law, where not hearing the case means the persistence of the right as a religious right on which the debtor is ever responsible in front of Almighty Allah and he is never acquitted unless it is fulfilled.

## **3 - The Disposition Not Fulfilling All Its Elements :-**

This kind of disposition is considered invalid absolutely in the secular law, but is resulting in a natural obligation. The dominant opinion is that the voluntary execution of the contract of the gift, invalid for not fulfilling all its elements from the side of the inheritors is considered permission from their side as if it was in execution of a natural obligation. It is affirmed in the Fiqh of the Shari'a that stipulating (Qabd) possession in the contract of kind or the official contracts does not mean that the contract is initiated without any will or intention, for the reason that the fulfillment of all the elements neither gives rise to a disposition out of nothing, nor does the lack of that render it nothingness.

The (Fiqh) of the Shari'a does not stipulate that the gift contract is to be concluded in a certain format, but what is stipulated in some schools of thought is the (Qabd) pos-

session. According to the Hanbalis and the Shafies, ownership is not transferred except by (Qabd), but it is not executed, which means that the terms of the contract do not take effect without being invalidated.

According to the Malikis, the contract of the gift is concluded and executed immediately after its conclusion. Hence the gift giver is compelled to deliver the gift so that ownership is transferred. So the contract of the gifts results in an obligation which can be claimed to be executed judicially, according to those who advocate that (Qabd) is not necessary for the conclusion of that contract. But those who demand that (Qabd) is obligatory for the conclusion of the contract, then the gift giver can not be compelled to deliver the gift, but morally if he or his inheritors carry out that delivery, he would be considered a doer of good, responding to a moral duty or a religious duty and not to a judicial resolution.

#### **Secondly:- Other Important Applications of The Theory of Moral Obligations:-**

This Islamic general theory is applicable on every case which does not fulfill all the conditions of the judicially due obligations and as long as the religious obligation is applicable on it. Therefore all the occurrences and dispositions which lack one or more factors would result in a situation of moral obligation or religious obligation when no one of these dispositions contradict with the general Islamic order. This statement surpasses all the legal doctrines. Some of these important applications are the following:-

##### **1 - The Situation of Adjudging a Right for a Plaintiff Uneligibly :-**

Sometimes the courts adjudge a right for a plaintiff uneligibly in the Shari'a, either because of an invalid evidence or because of a fraud. In such a case there is a moral obligation on the one for whom a right is given uneligibly, to render back what he had been given wrongfully. It is not permissible in the religion for the one to take what one does not deserve, because there is injustice in that. Prophet Muhammad, peace be upon him said, "you would come to me with your litigations and disputes, and probably one party would be more eloquent and would present stronger arguments and so I would adjudge in his favour according to what I heard. If I adjudge for one of you from the right of his brother, let him not take it, for if he did, it would be as if I gave him a piece from Hell."

##### **2 - Non - eligibility for Pay for Uncompleted Job :**

When the hired worker refuses to complete a certain job contracted for, he would not be eligible for pay for the part done. The reason for that, he did not fulfill all the work he contracted for. The hired worker is obliged by an outcome and not by a means as it is acknowledged juristically for this is a limited obligation which must be completed. Nevertheless, the divine justice would not allow the conscience of the employer to deny the worker his due right as long as the employer benefited from the partial job done by the worker. In this case the employer is morally obliged to pay the hired worker something in return for the partial job done.

##### **3 - Money Earned by Fraud:-**

One advantage of the Islamic jurisprudence is the initiation of the theory of partial invalidity. What is meant by that is the separation between the items in a deal, such as the case when somebody sells wine and vinegar to somebody else. The buyer is allowed

to refuse the wine and keep the vinegar, and the contract on that deal would still be valid as far as vinegar is concerned. But in case that the seller deceived the buyer and mixed the two items, then he would be a sinner. Morally he is obliged to pay compensation to the buyer for the damage he had undergone. The jurists of Islam connect that with faith. A believer should observe the rules of Islam, and if he violates that, he would be obliged judicially to render the rights of the other creatures, or otherwise he would be obliged religiously to do so.

From all that is narrated, it can be seen that the theory of moral obligation in the (Fiqh) of the Islamic Shari'a is too broad to be contained within legal impositions, and hence it should replace the theory of natural obligation applied in the Islamic states which follow the secular legislations. There is no good except in the Shari'a of Allah Almighty.

#### **Results of Not fulfilling Moral Obligation:-**

When there is moral obligation on somebody, he should fulfill it otherwise very serious Shari'a effects would result from that. These can be manifested in the following:-

#### **Firstly :- Bearing penalty in the Hereafter:-**

The most important thing which characterizes the Shari'a principle is the penalty or reward in the Hereafter. If the servant escapes penalty in this world, there will be no way that he escapes penalty in the Hereafter. Those people who are happy now in this world, when a court gives them a right which they are not entitled for rightfully, they would laugh now but in the Hereafter they would receive the most severe of punishments. All this because they did not listen to their conscience and rendered all the obligations on them, doing opposite to what Almighty Allah ordained as in the verse :-

**"And fulfill  
Every engagement  
For (every) engagement  
Will be enquired into  
(On the day of reckoning)"<sup>(1)</sup>**

Listening to one's conscience would mean the completion of one's faith and that his inside is the same as his outside, where fulfilling obligations would emerge from within him and not as a response to the fear from the society but rather fear from one's own self, the self which remains calm and submits to the Shari'a of Almighty Allah.

#### **Secondly :- Bearing pricking of conscience :-**

The moral responsibility is characterized by having some glimpses of faith which would move and direct the inner perceptions of the Muslim so as to coincide with the reality of faith. Reaching this state, the Muslim would not disobey the orders of Almighty Allah, as to the fulfillment of the due obligations on him, whenever or wherever that obligation was taken. If he disobeyed the orders of Almighty Allah, he would receive, in addition to the punishment in the Hereafter, the pricking of conscience where Allah by His Might made of this conscience of the Muslim a judge imposing the

(1) Surat-ul- Isra verse 34

justice of Allah, with the right being the scale and fairness being the aim., and the testimony is the whole truth and nothing else. Nobody can escape from the judgment of conscience, because it is the light on the way to justice in the Hereafter. Allah Almighty presented to us all that would render the self obedient, following the path of the righteous, and hence can avoid pricking of the conscience and the ordeal of that judgment. The conscience reveals the truth all plain, and it warns the self that the same kind of revelation would be ordered by Allah in the Day of Judgment when He Almighty renders everybody his dues.

### 3 - Tumbling on Sins:-

The responsibility to fulfill the moral obligation is the responsibility of the person himself. The one who does injustice on somebody else would bear the consequences of that all alone no matter what reason or justification was behind that injustice. The doer of injustice would tumble alone on sins. Nothing would remove those sins except the fulfillment of the due obligations especially the moral obligations or the religious obligations, since they do not find support from the judiciary so that the aggressors and the violators of the rights are frightened, together with all those adjudged for them or those whose testimonies were all perjury. the denier of the moral obligation would bear alone the punishment for his sins. Allah Almighty said :-

"And if anyone earns  
Sin, he earns it against  
His own soul."<sup>(1)</sup>

And in another verse, Almighty said :-

"No bearer of burdens  
Can bear the burden  
Of another."<sup>(2)</sup>

### Fourthly :- Bearing the consequences of submitting to whims:-

Those who do not fulfill moral obligations are the ones who preferred the life of this world and followed their whims, which would lead to the deterioration of the creatures except those who are protected by Almighty Allah. Nobody should feel happy when someone gets something wrongfully when a court did not hear the case raised by someone, resulting in the loss of his rights. Such acts are not to be imitated, otherwise imitating the detestable acts would spread. Allah Almighty said :-

"But he inclined to the earth  
And followed his own vain desires."<sup>(3)</sup>

The one who imitates the others blindly, devouring other people's rights, thinking that, as long as the creditor would not be able to obtain and render his rights through the judiciary, he is released from the fulfillment of those obligations, then he has to bear the consequences of his submission to his own whims, and avoid the violation of duty

(1) Surah-ul-Nissa verse 111

(2) Surah-ul-Isra verse 15

(3) Surah-ul-Aaraaf verse 176

# محنة إدارة قضايا الحكومة

## معالم نظرية الالتزام المدني الإرادي في الفقه المالكي

دراسة في أصول فكرة الالتزام  
عند الخطاب

للككتور محمد شتا أبو سعد  
رئيس القيادة العامة ومدرس القانون المدني المنتدب  
كلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر

مستخرج من  
العدد الأول  
الطبعة السابعة والمشردين



# معالم نظرية الالتزام المدني الإرادي في الفقه المالكي

دراسة في اصول فكرة الالتزام

عند الخطاب

للدكتور محمد محمد شتا أبو سعد

رئيس النيابة العامة ومدرس القانون المدني المنتدب

كلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر

الفقه المالكي والنظريات العامة :

الفقه الاسلامي المالكي ، غنى بآفكاره ، التي تصلح في مجموعها ،  
لتكوين نظريات عامة مستقلة ، تضارع اعظم الإنكار القانوني الوضعية  
لحديثه ، وتتوق عليها ، من حيث عمق البحث للنجم عن تفرغ مقرون  
بالرغبة في نيل مرضاة الله ، وتتم دراسات فقهاء المالكية بتماسك الطول  
وترابط للنتائج الى حد يسمح ببناء نظريات عامة في كافة مجالات المعاملات  
بوجه خلاص .

نظرية الالتزام عند الخطاب :

واذا شئنا اقامة الدليل على ذلك ، امكن التمثيل من ذلك بنظرية  
الالتزام عند الامام للخطاب ، فقد وضع رسالة أسماها تحرير للكلام في  
مسائل الالتزام ، وهي مخطوطة بالجامع الأزهر ، تحمل رقم ١٢٧١ وقام  
من أسمى بحق ، وارث علوم سيد قريش ، الاستاذ أبو عبد الله للشيخ  
محمد ابن الشيخ أحمد ابن الشيخ محمد الملقب بعليش - قسام  
بنقها في الجزء الاول ، من كتابه ، فتح العلي الملك في الفتوى على مذهب  
الامام مالك ، وهو المؤلف المعروف بفتاوى الشيخ عليش ، والذي طبع في  
مصر بالمطبعة الاميرية ببولاق سنة ١٢٠٠ هجرية .

معالم نظرية الالتزام عند الخطاب :

وليست نظرية الالتزام عند الخطاب ، دراسة موازية لنظرية الالتزام  
الرومانية والتي ينطوى عليها بطون الكتب القانونية المدنية الوضعية ،

ولكنها تشكل اطارا نظريا خاصا يقوم على تقسيم الالتزام الى قسمين اساسيين :

**الاول :** الالتزام البسيط ، او كما نسماه ، الالتزام غير المعلق والذي عالجه في فصل من المقدمة والباب الاول لذلك المؤلف ، وان لم يكن قد ورد اسم الباب فيه .

**الثاني :** الالتزام المعلق وعالجه في ثلاثة ابواب .

**اولها :** وهو الباب الثنى في الالتزام المعلق على فعل الملتزم بكسر الزاي

**وثانيها :** وهو الباب الثالث في الالتزام المعلق على غير فعل الملتزم بفتح الزاي .

**وثالثها :** وهو الباب الرابع في الالتزام المعلق على غير فعل الملتزم والملتزم له وفيه خاتمة عن استقاط الحق قبل وجوبه ( وقد ورد الباب الاول في ثلاثين صفحة والثاني في ثمانى صفحات والثالث في اربع وعشرين صفحة والرابع في ثلاث وخمسين صفحة من القطع الكبير . ونحاول فيما يلى ان نستعرض الافكار الاساسية في هذا البحث ) .

## مقدمة

في معنى الالتزام وركبانه وشروط كل ركن منها .

### ١ — معنى الالتزام لغة وفقها

**محلل الالتزام لغة :**

الالتزام لغة هو « الزام الشخص نفسه ما لم يكن لازما له ، وهو بهذا المعنى شليل البيع ، والاجارة ، والفكاح ، وسائر العقود » (١) .

فالمعنى اللغوى للالتزام يحيط بما يلى :

١ — انه لا للزام بلا الزام ، والالزام يجد مصدره في نفس ارادة

الملتزم .

٢ — ان الالتزام امر طارىء ، فالاصل هو البراءة ازاء الغير ، فاذا اننزم انسان فانه يكون قد ازم نفسه بما لم يكن لازما عليه اصلا وابتداء .

---

(١) الحطاب : في المرجع المشار اليه في المتن ص ١٥١ .



٢ - ان الالتزام الذى يلزم به الشخص نفسه هو اثر لكافة العقود  
تكتيبيج والاجارة والوكالة وغيرها .

### مسئول الالتزام فى عرف الفقهاء :

وفى عرف الفقهاء يعرف الالتزام بأنه :

« الزام الشخص نفسه شيئا من المعروف مطلقا او معلقا على شيء ،  
هو بمعنى العطية » ، وقد يطلق فى العرف على ما هو اخص من ذلك ، وهو  
الالتزام المعروف بلفظ الالتزام ، وهو الغالب فى عرف الناس اليوم » (٢)  
وقد يتم الالتزام مقابل عوض (٣) ويستخلص من هذا التعريف ما يلى .

أولا : ان مصدر الالتزام ، يمكن فى ارادة الملتزم ، فهو الذى يلزم  
نفسه ازاء انفسه بمقتضاها ، فى كافة العقود .

ثانيا : ان الامر الذى يلزم الانسان نفسه به ، يجب ان يكون معروفا  
بالمعنى المتبادر عليه لكلمة المعروف .

ثالثا : ان الزام الانسان نفسه ، قد يرد مطلقا فى صيغته ، اى بسيطا  
غير معلق على شرط ، وقد يرد مطلقا على شرط .

رابعا : ان الالتزام سواء ورد بصيغة مطلقة ام معلقة له معنى عام  
يساوى العطية ، اى ما يعطيه الانسان لغيره وينطه اياه .

خامسا : ان الالتزام قد يطلق ، فى العرف ، بمعنى لخص من المعنى  
المتقدم ، حين يعبر عنه الملتزم بنفس لفظ الالتزام ، وهذا هو المعنى الذى  
كان مسادا عرفا عند تاليف الخطاب رسلته موضوع البحث .

سادسا : ان معنى الالتزام لا ينصرف دائما الى العطية او التبرع  
فسيأتى لاحقا ان من انواع الالتزام ما يكون يعوض .

---

(١) الخطاب ، فى المرجع المشار اليه فى المتن من ١٥١ .

(٢) الموضع السابق .

(٣) المرجع السابق من ١٨٧ وما بعدها .

## ٢ - لركن الالتزام

### وشروط تلك الركن

#### تهيئيد :

يشبه الحطلب لركن الالتزام بلركن الهبة وإذا عدد أربعة أركان ، لا قولم للالتزام — شئنه شأن الهبة — بدونها وهى الملتزم ، والملتزم له ، والملتزم به ، والصيغة ، وقال انه يشترط في كل ركن منها ما يشترط في الهبة ، ونعرض لهذه الاركان وشروطها فيما يلى :

#### الركن الاول : الملتزم

يقصد بالملتزم ، من يلزم نفسه شيئا من المعروف مطلقا او محلقا ، بلفظ الالتزام او بلفظ آخر سواء ، تبرعا او بعموض .

#### ويشترط في الملتزم ما يلى :

#### الاهلية : ( وهى تجب شروطا اخرى )

فان تطبق الامر بتبرع : وجب ان تتوافر في الملتزم اهلية التبرع ، ومن مقتضى اهلية التبرع ان يكون المكلف غير محجور عليه ، وغير واقع تحت تأثير اكراه .

وتأسيسا على ذلك فان الالتزام بالتبرعى المسادر عن غير اهل للتبرع ، لا يكون ملزما لصاحبه (٤) .

#### يقول الحطاب :

« فلا يلزم التزام المحجور عليه كالسفيه ، والمأنون له في التجارة والمكاتب ، والمتق بعضه ، ومن احاط الدين بهاله والمكره والزوجة . والريض فيما زاد على الثلث » (٥) .

واذا كان الالتزام على سبيل المعاوضة فيشترط في الملتزم ، اهلية المعاوضة فقط وتمثل في الرشد . وعندم الاكراه (٦) .

---

(٤) المصدر السابق ص ١٥١ .

(٥) الموضع السابق .

(٦) الموضع السابق .

### تعقيب :

التعبير بعدم الزام المتبرع ، ما لم يكن أهلا للتبرع يصلح سنداً قوياً للاخذ بفكرة الدعوى البولصية ، في مجال القانون المدني الوضعي ، اذ ان عدم الالتزام يعنى من باب أولى ، عدم سريان التصرف في مواجهة دائنى المتبرع لكون الدين محيطاً بهاله ومن المعلوم أن من يحيط الدين بهاله هو المعسر ومالم يكن معسراً ، فإن أحد شروط افعال دعوى عدم نفاذالتصرفات ( الدعوى البولصية ) يكون منتقياً . انما يلاحظ ان صياغة الفقه الاسلامى الملكى اكثر دقة من فكرة الدعوى البولصية لان ذمة المتبرع تبقى في علاقتها بالمتبرع له على اصلها وهى البراءة او عدم امكن الالتزام وأما في القانون الوضعى فإن التصرف لا يسرى في مواجهة الدائن وتظل ذمة المتبرع مشغولة ازاء المتصرف اليه ( المتبرع له ) .

### الركن الثانى : الملتزم له :

وأما من يتم الالتزام في مواجهته ، فهو « من يصح ان يملك ، أو يملك الناس الانتفاع به كالمساجد والقناطر » (٧) .

ولما كان هذا الركن لا يثير خلافاً ، فإن المؤلف لم يأت فيه إلا بما يحتج بالخلاف ، فقال ان كل من يصح شرعاً أن يملك يمكن أن يكون طرفاً ، ملتزماً له ، في الالتزام ، ولا تنور مسعوية بالنسبة للشخص الطبيعى فهل يجوز ذلك بالنسبة للشخص المعنوى او بالجملة لاية جهة يملك الانسان حر الانتفاع بها ، مثل المساجد ، او القناطر أو ما يماثلها مثل المستشفيات في زماننا ، ودور البر ، والسجون ، والمحاكم ، ودور تحفيظ القرآن ، وغيرها .

### الركن الثالث : وهو الملتزم به ..

واصطلاح الملتزم به ، هو اصطلاح موثق يتلاقى ذلك الخلف الذى شجر حالياً في الفقه للوضعى حول المقصود بالجل سواء تعلق الامر بخـ

عقد أو بمحل التزام أو بمحل أداء (أ) .

كما ان هذا الاصطلاح يتسع لكافة الصور والتقسيمات التي يمكن أن تندرج في إطار ما يلتزم به الإنسان ، طالما كانت شيئا من المعروف ، ويحقق منفعة على تفصيل .

والملتزم به هو « كل ما فيه منفعة ، سواء كان فيه ضرر أم لا ، الا فيما كان من سلب المعايضة فيشترط فيه انتفاء الضرر (٩) » وعليه نحاول للحديث عن الملتزم به في حالة التبرع من جهة والملتزم به في حالة المعايضة من جهة أخرى .

### ١ - الملتزم به في حالة الالتزام للتبرع

إذا التزم شخص ، لالتزاما تبرعيا ، أي التزاما لا يقابله عوض فانه يمكن الالتزام بأي شيء ، طالما أن ذلك لأشياء يحقق منفعة ولا يلزم بعد هذا ان يكون اشياء فيه ضرر ، أم لا ، أي مستوى ان يكون الشيء الملتزم به محققا أو غير محقق .

فالما للشيء المحقق الذي لا ينطوي على ضرر فامرده مفهوم . ولكن ما هي الحكمة من صحة الالتزام ، حتى ولو كان الملتزم به شيئا منطويا على الاحتمال والضرر ، ، ان الحكمة واضحة وجلية ، فطالما ان الملتزم محس ومبرع ، فلا سبيل عليه ان هو تبرع بشيء قد يوجد وقد لا يوجد .

وعلى اية حال فقد قسم ابن جزير (١٠) البيوع المنهى عنها للضرر . والملتزم به فيها يقع صحيحا : اذا تم الالتزام على سبيل التبرع اخذا من اطلاق قول الخطاب . ومن ثم يجوز ان يكن الملتزم به على سبيل التبرع ما يلي :

١ - ما يتعذر تسليمه ، كعمر شارل ، أو جنين في البطن دون أمه ، أو ما لم يخلق كتنتاج ما تنتج للناقة .

---

(أ) انظر رسالة أوفر ستاك في تصنيف العقود في القانون المدني الفرنسي ( مكتبة التانون الخاص ) .

(٩) للفناوى سألقة الذكر ، ص ١٥١ .

(١٠) للقوانين للفقهاء ، تونس ١٢٤٤ - ١٩٢٦ ص ٤٧ - ٢٤٨ .

ب — كذلك يجوز الالتزام تبرعا بما يتصرف الذيل الى جنسه ، كان  
التزم لك بما في مخزنه بدون عوض .

ج — ويجوز الالتزام تبرعا بمجهول الصفة ، كقولى التزم لك دون  
عوض ، بثوب من منزلى .

د — كذلك يجوز الالتزام تبرعا بما لا ترجى ، لاجته كحيوان بريض .

ب — الملتزم به في حالة الالتزام بموض :

إذا كان الملتزم به بموض ، فيجب أن ينتفى فيه الفرر ، ولذا لا يجوز  
الالتزام بمتعذر التسليم ولا بمجهول الجنس أو الثمن أو للصفة أو المقدار  
أو الاجل ، أو ما لا ترجى سلامته أو ما الى ذلك .

#### الركن الرابع : الصيغة

لا وجود للالتزام بدون صيغة تفيده — والصيغة اما لفظ او ما يقوم  
بمقام اللفظ .

##### ١ — الصيغة اللفظية :

هى قول دال على الزام للشخص نفسه ما للترمه .  
ومفاد ذلك ان اى لفظ يؤدى للفرض يكون كافيا لنشوء الالتزام طالما  
توافرت له باقى أركانه ، ولا حاجة لتقييد اللفظ هنا بأية قيود لم يشترطها  
المفسهاء .

##### ب — الصيغة التى تقوم مقام اللفظ :

هى أى شئ آخر ، خلاف لقول ، يدل على الزام الشخص نفسه  
بالتزمه ، كالأشارة ونحوها .

#### فكرة الالتزام غير تمام والالتزام الباطل

ينبه الحطاب ، الى أن الالتزام يبقى ناقصا أو غير تام ، في حالة  
التبرع ، لذا لم يكن مقرونا بالحيضة ، فلى أن تتم الحيضة بقل الالتزام  
غير تام ، والتعبير بعدم اكتمال أو بعدم تمام الالتزام هو تعبير مقصود ،  
فالحية ليست ركبا في الالتزام ، ولكنها شرط اكتمال أو تمام ، في حالة

الالتزام التبرعى ، ولذا لا يترتب على تخلفها أى بطلان ، ولكن تمام الالتزام يظل مفتقرا إليها .

وهذه للنظرية تشبه تماما أحدث ما وصل اليه للفقه العلمى ممثلا فى هانز فرديجر ، والفرنسى ممثلا فى جان موريس غردييه (١١) عند دراستهما لدراسة التكون المتتابع للحقوق ، ويمقتضى نظريتهما يكون لاحق ناقصا أو غير تام حتى ولو لم يكن مفتقدا الى ركن من الاركان وانما الى مجرد عنصر شرطى ، يشترطه القانون أو يحدده 'اتماقدان' .

ويصبح الالتزام باطلا ، فى للتبرعات ، اذا سبق الموت أو الفلاس ، حيازة الملتزم له ، للملتزم به ( وسيلى )

### تقسيمات الالتزامات

اهم تقسيم ناللتزامات اعتمد به الخطاب ، هو تقسيمها من حيث مدى تطبيق المتصرف ارادته على حدوث واقعة شرطية أو عدمه وقال ، ان الالتزام ، بهذه المثابة ينقسم الى التزام معلق والزام غير معلق أو ليس بمعلق ، والالتزام المعلق اما معلق على فعل الملتزم أو على فعل الملتزم له أو على غير ذلك .

## الباب الأول

### الالتزام البسيط أو المنجز

( أو الذى ليس بمعلق )

أولا : فكرته :

يكون الالتزام بسيطا ، أو غير معلق ، اذا لزم « للشخص نفسه شيئا من المعروف من غير تطبيق على شيء » ويدخل فيه :

١ — الالتزام بمعناه العام ، بالمعنى المتقدم ، وهو يشمل :

---

(١١) انظر رسالة فى الحقوق الاحتمالية . مساهمة فى دراسة التكون المتتابع للحقوق بلريس (١٩٥٢) .

١ — **الصديقة** : وفيها يلزم للشخص نفسه ، قبل الغير ، بتبليك رقية أو رقاب ، بقصد الصواب من الله تعالى خاصة .

ب — **الهبة** : وفيها يلزم للشخص نفسه ، قبل الغير ، بتبليك رقية ، أو رقاب ، بقصد الثواب من المعطى ، أو لوجه المعطى اما لوجود صداقة أو لقيام آصرة قرابة أو ما الى ذلك .

ج — **الحبس** : وفيه اعطاء المنفعة وحدها ، للملتزم له ، على سبيل التأبيد .

د — **العمرى** : وفيها اعطاء المنفعة وحدها ، للملتزم له ، مدة حياة المعطى .

ه — **العارية** : وفيها اعطاء المنفعة وحدها ، للملتزم له ، اعطاء محدودا بجهة ، أو غير محدودة .

و — **الاسكان** : وفيها اعطاء منفعة عتار ، للملتزم له ويلحق بذلك العربية ويتعلق الامر فيها بمنح ثمرة ، والمنحة ويتعلق الامر فيها بمنح غلة حيوان .

ز — **الضمان** : وفيه يلزم للشخص نفسه « بالتزام الدين لمن هو له أو للترام احضار من هو عليه لمن هو له » (١٢) .

ح — **التنذر المطلق** : وفيه يلزم الشخص نفسه بطاعة الله سبحانه وتعالى بنية القرية منه .

## ٢ — **الالتزام بمعناه الاخص** : —

وفيه يرد لفظ الالتزام أو الالتزام في ذات قول الملتزم ، كما تقدم للقول . وتخرج المدة بما تقدم ، لانها لا تنطوي في الواقع على التزام ثانيا حكمه :

### ١ — **إذا كان الملتزم له مميّنا**

#### **قاعدة** :

إذا كان الالتزام بسيطا ، وجب الوفاء به فوراً بغير تراخ ، والا قضى به على الملتزم .

وإد كان التامضى ملزما بالقضاء على الملتزم به ، في حالة الالتزام  
الأنسيط فإن ذلك يقتضى عدم انقلاص الملتزم به ، أو موته ، أو مرضه مرض  
الموت ، إذا كان الملتزم له معينا .

### الخلاص حول الهبة :

المعروف من المذهب المالكي ، أن الهبة تلزم بالقبول وحده ، وقال  
ابن رشد أن هذا متفق عليه ، ولكن قال جماعة أن الواهب يجوز له الرجوع  
في هبته قبل أن يحوزها الملتزم له وهي قوله شاذة عند البعض (١٣).

### حكم الالتزام المطلق في حال الضمان والكفالة :

من ضمن أو كفل آخر ، فقد أتى معروفا ، ومن أوجب على نفسه  
معروفا فقد لزمه ، والإشهاد على الالتزام ، وإن كان غالبا إلا أنه ليس  
شرطا في ذلك اللزوم .

### حكم العارية :

قال ابن عرفة أن الوفاء بها لازم ، وفيها من ألزم نفسه معروفا  
لزمه « (١٤) » .

وهكذا بالنسبة لكافة الالتزامات المطلقة .

### مدى دخول الكسوة في الالتزام بالنفقة :

من ألزم بنفقة شخص عابا ، لزمه ما ألزم به ، وذلك باستثناء  
حالتى الإفلاس والمرض وهناك غروع كثيرة تدل كلها على ذلك .

وقد ثار تساؤل في أحد الغروع حول ما إذا كانت الكسوة تدخل  
في النفقة أم لا ؟ الرأي أنها تدخل فقد أجمع أهل العلم على أن الكسوة  
داخلة في النفقة ، في قوله تعالى « وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن  
حتى يضعن حملهن » ولكن قيل أن هذا النص يتعلق بالنفقة التي يحكم بها  
! التي يتم الالتزام بها . ولكن الحطاب أورد تحليلا طويلا خلص منه إلى  
دخول الكسوة في نطاق النفقة ما لم يحدث مرض أو إفلاس .

---

(١٣) الموضع السابق .

(١٤) الموضع السابق .



ويثور التساؤل عملاً عن التزم بالاتفاق على ربيب زوجته ثم طلق أمه وراجعها بعد عنتها ، فهل يلزم بالكسوة مع النفقة ؟ قيل لا لان النفقة كانت موضوعة للطعام والنفقة ولكنها تخصصت بالنفقة وحدها والحقيقة أن المسألة تتعلق بأصول التفسير . ويمكن عند دلالة اللفظ على الكسوة ، ادخالها في مفهوم النفقة (١٥) .

### تطبيق على حكم الالتزام المطلق :

سبق القول « أن الالتزام المطلق ، يقضى به على الملتزم ما لم يفسد أو يمت أو يمرض ، وهذا اذا حصل شيء من هذه الامور قبل حوز الشيء الملتزم به كما في الهبة (١٦) .

وتطبيقاً لذلك ، في مجال الهبة ، فإنه اذا التزم شخص لآخر بسكنى دار مدة ما ، « فأسكنه اياها ثم مات الملتزم ، لم تبطل السكنى ، لان الحوز قد حصل (١٧)

### ٢ — اذا كان الملتزم له غير معين

لا يتعلق الامر الان بالترام المجهول ، أى بالالتزام بما هو مجهول لان ذلك يكون من قبيل هبة المجهول ، وهى صحيحة ، واصل المذهب أن ما تم الالتزام به ، يجب الوفاء به ، فان امتنع الملتزم قضى به عليه ولكن يتعلق الامر بالملتزم له المجهول ، فهل يلزم القاضى الملتزم ، بالوفاء له ، ليستوى مع الملتزم له المعلوم أم لا ؟ والاجابة ، انه اذا كان الملتزم له غير معين ، كالمسكين باطلاق ، فالمشهود انه لا يقضى به ، ان امتنع (١٨) .

---

(١٥) راجع تفصيلات وأمثلة عديدة ليس هدفنا الان سردها ص ١٥٤ ، ١٦٢ من المصدر السابق تتعلق بحكم التزام الزوج لزوجته بجميع مؤونة ولدها من غيره ، وحق الزوج في الرجوع بما أنفقه بالشرط على ولد زوجته ، وحكم المرأة التى تلخذ نفقة لاولدها من أبيهم ثم تزوجت فه شرطت عليه نفقة الاولاد اجلاً معلوماً وحكم رجوعها على أبيهم وحكم اشتراط نفقة في الخلع »

(١٦) المصدر السابق ص ١٦٢ .

(١٧) الموضع السابق .

(١٨) المصدر السابق .

### ثالثا : حكم الرجوع عن الوصية :

للمتزم « الرجوع عن وصيته بلا خلاف » فان التزم عدم الرجوع عنها ، فالاصح انها تلزمه « (١٩) .

ومعنى ذلك ان هناك آراء أخرى ، فقد كان هناك خلاف بين متأخري فقهاء تونس ، مثلا ، ولما كان الامر فان الكلام كله كان تفريعا على القول أنرجوح بعدم اللزوم ، ولكن الراجح هو لزوم التزام من التزم بعدم الرجوع عن وصيته .

### رابعا : حكم الالتزام بالكلام النفسى :

يتبع الالتزام بالكلام النفسى ، خاصة ، فيها اورده الخطاب من امثلة ومنها ، ان ينتوى شخص عزل شىء ما ، لمسكين معين ، ويبتله اى يجعله له من فوره .

وحكم الالتزام بهذا الكلام النفسى انه يلزم للمتزم ، « فلا يجوز له ان يصرنه الى غيره » وهو ضامن له ان فعل وسواء كان المال من عنده ، او جعل له تفرقته « (٢٠) .

ويثور التساؤل حول ما اذا نوى ان يعطيه المال ، بيد انه لم يثبته بقول ولا نية ، فما الحكم ؟ قيل انه يكره له ان يقوم بصرفه الى غيره

### خامسا : العادة كأساس للالتزام :

اورد الخطاب ان من الالتزام يكون بمقتضى العادة ، ومن امثلة ذلك ان يتزوج من انثى بمائتى دينار ، حين تكون العادة قاضية بانه اذا بذل الزوج هذا المبلغ ، اعطاه لب الزوجة مائة وخمسين فاذا ملت الاب ولم ينفع للزوج شيئا قبل ان يبنى بابنته ، ثم دخل بها ، وحدث شقاق ففارقتها ، فطلبت منه المائتين ، فطلب المائة وخمسين أعمالا للعادة الجارية ، التى انعقد عليها النكاح . فما الحكم ؟ الجواب : انه « اذا كانت سنة البلد لا يكتب الزوج مائتين الا على اعطاء الاب مائة وخمسين ، تكون ملكا

---

(١٩) المصدر السابق ص ١٦٦ .

(٢٠) المصدر السابق ص ١٧٣ .

لنزوج يدفعها اليه عينا أو عرضا بها ، فهو فاسد ، يفسخ قبل ، ويثبت بعده بصدق المثل ، وإن كان أنها يعطيه الأب لتجهيز ابنته كالنكاح جائز ، وللزواج القيام بذلك .

بيد أنه في خصوص هذه المسألة « فقد مات أبو الروجة ، وزضى بالبناء بها فلا قيام له بعد ، وتزومه المائتتان جميع صداقها فالمادة تصح أساسا للالتزام ، إلا أن يقع ما يحول دون أعمال مقتضاها .

### حكم الالتزام لمستفيد مستقبل :

يصح الالتزام لمستفيد (ملتزم له) غير موجود حالا ، ولكنه سيوجد مستقبلا . فالقاعدة أن « من التزم لمن سيوجد بشيء ، صح الالتزام » أنها يلزم لذلك شروط هي :

وجود الملتزم له والملتزم حي ، والا يكون الملتزم قد أفلس كما يجب أن يكون الشيء الملتزم به في يد الملتزم فلم يفوته فإذا كان قد فوته يبيع أو غيره ، قبل وجود الملتزم له فالظاهر من قول الإمام مالك ، أنه يحق له ذلك . « قال مالك من حبس على ولده ولا ولد له ، ثم هو في سبيل الله فله بيع ما حبسه ما لم يولد له ، وقال ابن القاسم ليس له أن يبيع حتى يئأس من الولد » (٢٢) .

### مدى الوفاء للملتزم له غير المعين :

إذا « كان الملتزم له ، بفتح الزاي ، غير معين ، كالمساكين والفقراء ونحو ذلك ، فالمشهور من المذهب ، أن يؤثر بالوفاء بها التزومه ، ولا يقضى به » (٢٣) مفاد ذلك أنه إذا التزم شخص بهبة أو صدقة لغير معين ، فإن لم يزوم الالتزام ، ومدى إمكان الحكم بالوفاء به على الملتزم قولان المشهور فيهما هو عدم الحكم بالوفاء .

(٢١) المصدر السابق ص ١٧٢ أي أنه « بموت أبي الزوجة بطلن التزامه ، ويبقى الخيار للزوج أن يستمر على النكاح بالصدق المنكور أو يرجع عنه ، إلا أن يدخل بعد علمه بذلك ، فيلزمه الصداق ولا كلام له من ١٧٢ — ١٧٣ .

(٢٢) المصدر السابق ص ١٧٣ .

(٢٣) المصدر السابق ص ١٧٤ .

بمدى تنفيذ الالتزام بانتهاء احتكار سلعة اُبتيعت ثم غلا سعرها :

يحدث عادة أن يشتري انسان طعاما ، ثم يرتفع سعره فيخبره الناس بذلك ، فيدهش لاغيابهم اياه بجزع الناس ويشهدهم ، ملزما نفسه ، على انه سبيع السلعة بسعرها الذي اشتراها به . وحكم ذلك يتلخص في الآتي :

١ — من المسلم به ان من يشتري شيئا من الاطعمة في وقت يضر احتكاره بالناس ، لا يجوز له أن يضكره ، وهذا غير منطبق بداهة على الحالة المألوفة .

٢ — أما احتكار السلعة في وقت لا يضر احتكارها بالناس ففيه اقوال :

**اولها :** يجوز احتكار الاطعمة كلها قححا وشعيرا بل ومسائل الاطعمة .

**ثانيها :** لا يجوز احتكار تلك الاطعمة جبلة من غير تفصيل ؛ لما روى ومن قوله صلى الله عليه وسلم لا يحتكر الا خلطى .

**ثالثها :** يجوز احتكار الاطعمة كلها عدا التمخ والشعير .

**رابعها :** لا يجوز احتكار الاطعمة كلها ما عدا الادام والعسل والسمن والتين والزبيب وشبه ذلك (٢٤) .

ولا خلاف بين الفقهاء في ان علة خطر الاحتكار تكمن في اثر الاحتكار المباشر في رفع الاسعار .

وعلى اية حال فلان من التزم بانتهاء احتكار سلعة يصبح من الواجب عليه تنفيذ ما وفى به .

وفي النهاية فله « لا خلاف في استحقاق الوفاء بالوعد » (٢٥) .

---

(٢٤) المصدر السابق ص ١٧٤ ، ١٧٥ .

(٢٥) المصدر السابق ص ١٧٧ .

## أَبوابُ الشَّانِ

### في الالتزام المعلق على فعل الملتزم بكسر الزاى

الالتزام المعلق هو ذلك الذى ينشأ بتفويض بتحفيز مبرر من الواقعة  
شرطية ( ) .

#### أولا التقسيمات

#### تقسيم الالتزام المعلق على فعل

#### الملتزم بحسب القصد منه

ينقسم الالتزام المعلق على فعل الملتزم ، بحسب القصد منه  
الى نوعين :

اولهما : الالتزام الذى يقصد به الامتناع عن الفعل المعلق عليه .

ثانيهما : الالتزام الذى يقصد به حصول الفعل .

#### ١ - الالتزام الذى يقصد به الامتناع

#### عن الفعل المعلق عليه

قد يقصد الملتزم : من تعليق التزامه ، الى الزام نفسه بالامتناع عن  
اتيان الفعل المعلق عليه ، فاذا كانت الواقعة الشرطية ، من عمل الملتزم  
وحده ، فانه يكون بأنه كان الملتزم ، ان يأتى الواقعة الشرطية ، وان يمتنع  
عن اتيانها ، وهذا قد يثير فكرة التناقى مع التعليل بمعنى الكلمة ، لان  
التعليل على الاحتمال لا يتفق مع المشيئة المحضة - وواقع الحال هنا ان  
الملتزم فى كل الصور يستهدف عدم اتيان الفعل المعلق عليه ، ولكن الامر  
لا يخضع دائما لطلق مشيئته ومن الامثلة التى تضرب ان يقول لزوجته  
ان تزوجت عليك فلك الف دينار (٢٦) .

فواقع الحال فى هذا المثال ، ان الملتزم يقصد الامتناع عن الفعل

المعلق عليه الالتزام ، كما أن الواقعية الشرطية لا تتعلق بإرادته وحدها ، بل أن الزواج يتوقف أيضا على إرادة من يرغب الزواج منه .

### حكم اليمين :

إذا قصد الملتزم من تعليق التزامه على فعله ، الامتناع عن أتيل ذلك الفعل ، فذلك يدخل في مفهوم اليمين ، وقد وقع الاختلاف في مدى القضاء به « والمشهور من المذهب أنه لا يقضى به ، سواء كان الملتزم له ، بفتح الزاي ، معينا أم لا ، قال في كتيب الويل من المدونة ومن قال داري صدقة عنى المسكين أو على رجل بيمينه في يمين ، فحنت ، لم يقضى عليه بشيء » (٢٧) .

والأمثلة بعد ذلك عديدة في نفس المعنى (٢٨) .

## ٢ — الالتزام الذي يقصد به حصول الفعل

### الملتزم غير المتطوع :

قد يقصد الملتزم حصول الفعل الذي يعلق عليه التزامه ، كمن يقول إذا عدت من سفرى هذا سالما فلنأخذ على ألف درهم ، أو إن انتهت تأليف هذا الكتاب أو بناء هذه الدار فعلى كذا ، فإن ما التزمه يكون من قبيل

### (٢٧) الموضع السابق

(٢٨) وانظر في نفس الموضع : من قال لامرأة انكحك على ألف وإن كنت لى ليرة أخرى فالصداق الفان لم يجز ، شأن ذلك شأن اليمين الشارط « وإن نكح بالثنين فوضعت عنه في عقد النكاح ألفا على أنه لا يخرجها من بلدنا أو نكحها بألف ، على أنه إن أخرجها من بلدنا فمهرها ألفان فله إن يخرجها بغير شيء ، ... قال أبو عمران إن هذه ليست على وجه البر ، وإنما قصد بها اليمين وما كان من الهبة ، لمعنى على وجه اليمين ، فلا يقضى به لأن الهبة التي يقضى بها لمعنى أنها هى التي يقصد بها وجه البر والصلة ، لا معنى لليمين وقال كل شيء إذا خرج عين حكه بطل حكه ، وقد علم أنه لم يقصد نفس العطية والهبة ، وإنما حرم على نفسه ما أحل الله له ، ولما الذى يقول إن شغفنى الله تعالى من مرضى فلك ألف درهم فهذا يقضى عليه فيها لأنها بر ، وما كان على هذا الوجه يقضى به على قتله » .

شكر الله ، وهو بن يابند النذور ، فيسرى على هذا الالتزام احكام النذور  
وقد ورد في باب النذور ان بن علقى العتق او الهدى او الصدقة على  
الملك يلزمه « (٢٩) » .

#### الملتزم المخلص والنذور :

وانذا كان الملتزم بمنح عطية ، عندما يملكها مغلما ثم ملكها ، فعلا بعد  
ذلك ، فان التزامه يلزمه ، شريطة الا يكون عليه دين وقتذاك « وهذا في  
العتق لازم ، ويقضى به ، ولما الهدى فانه لازم ، ولا يقضى به ، لان  
الكفارات والهدايا واجبة على التراخي » (٣٠) .

#### الهدى والصدقة :

الهدى لازم ، ولكن لا يقضى به وعلة ذلك ان « الكفارات والهدايا  
ونجبة على التراخي » (٣١) .

ولما الصدقة ، فان كانت على وجه التهنين ، فقد سبق حكمها وان  
كان القصد بها القرية فهي لازمة ، ويقضى بها ان كانت لمعين ، ولا يقضى  
بها ان كانت لغير معين على المشهور (٣٢) .

#### تانيا : تطييف

##### ١ - من مسائل الكفالة والضمان

من « ادعى قبل رجل حقا ، فقال له رجل : انا كميل لك به الى غد  
فان لم آتك به غدا فقا ضامن للبال ، قال ابن يونس ويسى وعدا ، فان  
لم يات به في غد ، فلا يلزم الكميل شيء حتى يثبت الحق ببينة ، فيكون  
كفيلا بذلك ، وان انكر المدعى عليه ، ثم قال للطالب اجلنى اليوم ، فان لم  
اوتيك غدا ، فالذى تدعيه قبلى حق ، فهذه مخاطرة ولا شيء عليه » (٣٣) .

(٢٩) المصدر السابق ص ١٨٠ .

(٣٠) المصدر السابق ص ١٨٠ .

(٣١) نفس الموضع السابق .

(٣٢) المصدر السابق ص ١٨٠ .

(٣٣) المصدر السابق ص ١٨٢ .

## ٢ — من مسائل الحضنة

قال في التوضيح في كتاب الحضنة ، لو طلبت الحضنة الانتقال بالاولاد الى موضع بعيد ، فشرط الاب عليها نفقتهم وكسوتهم جاز ذلك ، وكذلك ان خاف ان تخرج بهم بغير اذنه ، فشرط عليها ان فعلت ذلك فنفتها وكسوتهم عليها ، لزمها ذلك قاله بعض الاندلسيين ، قلت ، لا يقال ان هذا جاز على القول بالقضاء بالالتزام المطلق على فعل الملتزم ، اعني الالتزام على وجه اليقين ، لان خروجها بهم الى المكان البعيد ليس نملا مباحا لها ، قصدت الامتناع منه بالالتزام ، فانه لا يجوز لها ان تخرج بهم ، الا باذن والدهم ، فهو من باب الالتزام المطلق على فعل الملتزم ، الذي فيه منفعة للملتزم ، وذلك لان الاب منعها من الخروج بهم الى مكان بعيد ، فالتزمت الام نفقتهم على ان اسقط الاب حقه من منعها من الخروج بهم ، بل الظاهر ان خروجها بهم الى المكان البعيد بغير اذنه يوجب نفقتهم عليها لاسيما ان تعذر على الاب ردهم كما قالوا في الزوجة اذا هربت وتمنع ردها ، سقطت نفقتها من زوجها ، بل قد اختلف في سقوط النفقة عن الاب ، اذا خرجت بهم الى المكان القريب الذي يجوز لها الخروج بهم اليه ، ولا تسقط حضنتها وفي التوضيح قال ابن راشد القفصى ، حيث قلنا تخرج بهم ، فحقهم في النفقة باق على ابيهم في ظاهر المذهب ، وحكى في الطراز عن ابن جباهر الحلبي ، ان الام اذا خرجت بينيها الى الضيافة ، يسقط الفرض عن ابيهم مدة مقابهم واقتصر بن مرفعه على ما حكاه صاحب الطراز ورجح في الشامل الاول ، وحكى الثاني يقول « (٣٤) » .

## ٣ — اثر الحكم بصحة الالتزام

« اذا قلنا ان الالتزام الملحق على فعل الملتزم الذي على وجه اليقين لا يقضى به على المشهور ، ناعلم ان هذا ما لم يحكم بصحة الالتزام المذكور حاكم ، اما اذا حكم بصحته او بلزومه فقد تعين الحكم به ، لان الحكم اذا حكم بقول لزم العمل به وارتفع الخلاف ، ويبقى النظر فيها اذا حكم انحكم المالكى بموجب الالتزام المذكور ، فهل يحل على ان مراده الحكم





قال ابن رشد ، ان معنى القول بان الطلاق قد وقع « ان الحكم  
يوجب ان يعمل عليه لانه وقع بنفس اللفظ حتى انه لو مات احدهما بعد  
ذلك ، لم يتوارثا ، وهذا قوله مالك في المدونة « وفيهم من كلام المتلزم  
« ان جئني ... بيمري الشارد ، او بمتاعى الضائع ، فك عندى كذا وكذا ،  
لزمه ، .... و .... حكمه حكم الالتزام المطلق ، في القضاء به ما لم  
ينفس المتلزم او يمت « (٢٧) .

### ثانيا : الالتزام المعلق على الفعل الواجب على المتلزم له

مثاله :

وقد يكون الالتزام مطلقا على فعل واجب على المتلزم له ، ومثاله  
« ان جئني ... بيمري الشارد او بمتاعى الضائع ، فلت عندى كذا وكذا ،  
وكان .... للبعير او المقاع عنده ، او يعلم مكفه » .  
فالواضح ، ان المتلزم له يجب عليه ان يرد ما لديه ، او يرشد عنه ،  
فذلك فعل واجب عليه .

حكمه :

وحكم التزام المتلزم في هذه الحالة ، هو عدم اللزوم ، بمعنى ان التزام  
المتلزم ، لا يكون ملزما له ، ولا يحكم به عليه .

ولما المتلزم له ، فله يجب عليه ان يرد الشيء ، او يعلم المتلزم  
بموضوعه ، ولا يجوز ان يلخذ على ذلك شيئا لان ذلك من باب الجمل .  
وقد قلوا ان من شرط الجمل الا يكون الفعل مباليزم الجعول له عمله  
وما كان واجبا على الكفاية ، فيلزم الالتزام المعلق عليه « (٢٨)

مثاله : « قلت له ابراهه ، وكنت صبرورة ائذن لى ان احج ، واتا  
اعطيك مهرى الذى عليك ، فقبل ، وتركها تحج ، قال يلزمه المهر-لانه كان  
يلزمه ان ياتن لها ان تحج « وذلك دون بحث فيها اذا كتبت خطم . انه كنى  
يلزمه ان ياتن لها .

ولكن قيل أنها كانت تعلم « فذلك لازم لها لأنها اعطته مالها طيبة  
بذلك نفسها » وبينه الخطاب بذلك الى خلاصة فكر ابن رشد في هذا الصدد  
وهو انه : —

« اذا كان الملتزم يعلم ان ذلك الفعل يجب على الملتزم له ، ثم علق  
الالتزام عليه ، فانه يلزمه ، ويحمل على انه اراد ان يرغب في الاتيان بذلك  
الفعل » (٣٩)

### ثالثا : الالتزام المعلق على فعل محرم على الملتزم له

مثاله :

قد يلتزم شخص ازاء آخر ، ان اتي الاخير فعلا محرما عليه ومثاله  
« ان تقتل فلانا ، او ان شربت الخمر ، فلك كذا وكذا » (٤٠)

حكمه :

حكم هذا الالتزام انه « غير لازم » ومن « قال لرجل ان تقتلني ، فلك  
كذا » يكون شأنه شأن الامثلة المتقدمة من حيث الحكم ، حيث لا يستحق  
الملتزم له ، مـدـالـتـزـم الملتزم به ، وهذا معنى القول بانه « لا جعل له » (٤١)  
ومن الواضح ان الالتزام في هذه الحالة يقضى الى الترغيب في عمل  
المعصية ، والاعانة عليها ، ولو كان الملتزم له قد تقاضى الشيء ، فان الظاهر  
هو وجوب التصديق به ، وعدم رده الى مؤذبه ادبا له .

### رابعا : الالتزام المعلق على الفعل الجائز الذي لا منفعة فيه لاحد (٤٢)

مثاله :

يحدث أحيانا تعليق الملتزم للزامه على فعل جائز يأتيه الملتزم له دون

---

(٣٩) المصدر السابق ص ١٨٨ وانظر حتى ص ١٩٠ تفصيلات تتعلق  
بالجعل ومدى وشروط استحقاقه .  
(٤٠) المصدر السابق ص ١٩٠  
(٤١) نفس الموضع .  
(٤٢) المصدر السابق ١٩٠ .

أن يكون فيه منفعة لأحد ، ومثاله ، « أن صعدت هذا الجبل فلك كذا » وقد اختلف في شأن هذا الالتزام بخصوص ما إذا كان يشترط أن يكون العمل المجرى فيه منفعة أم لا والمشهود هو اشتراط المنفعة للجاءل .

#### حكمة :

الالتزام المعلق ، الذي فيه منفعة على النحو المتقدم ، هو التزام لازم .

#### خامسا : الالتزام المعلق على الفعل الذي

##### فيه منفعة للمتزم (٤٢)

هذا الالتزام على أربعة أوجه :

##### الوجه الاول :

وفيه يتثل الفعل المعلق عليه الالتزام ، في اعطاء المتزم له (المستفيد) للمتزم أو للغير شيئا أو تمكينه اياه (٤٤) . فهذه العبارة تفصح عن ان هذا الوجه له أربعة مظاهر .

##### اولها : — اعطاء المتزم للمتزم له شيئا :

فمجرد انتقال كامل المتزم له ، لصالح المتزم ، باعطاء شيء ما ، حتى ولو لم يكن على سبيل التمك ، فان فائدة المتزم تتحقق .

فالالتزام هنا معلق على تحقيق المتزم له منفعة للمتزم لا تصل الى مستوى التمليك ، ولكنها تنطوي بغير شك على المقابل المأمور في القانون المدني .

##### ثانيها : اعطاء المتزم للغير شيئا :

فإذا اشترط المتزم له ، على المتزم ، أن يعطى ذلك الشيء لغيره هو ، وإنما للغير ، فقد تحققت بطريق غير مباشر أيضا ، مصلحة المتزم ، وفائدته .

##### ثالثها : تمليك المتزم للمتزم له شيئا :

في هذه الصورة يتثل المقابل الذي يحصل عليه المتزم من المتزم به .

---

(٤٣) الموضوع السابق .

(٤٤) الموضوع السابق

في تبليك الآخر للاول شيئا ، كمنزل أو مرس أو ما الى ذلك .

#### رابعا : تبليك الملتزم للغير شيئا :

وقد ينصرف للتبليك الى الغير لا الى الملتزم ، وفي هذه الحالة تتحقق نائدة غير مباشرة للملتزم ، تصلح مقابلا للالتزامه ، للذي علقه عليها .

وقد أورد للخطاب المظاهر المتقدمة في قوله : -

قد « يكون الفمق الملق عليه اعطاء الملتزم له للملتزم أو لغيره شيئا ، وتبليكه اياه ، نحو ان اعطيتني عبدك أو دارك ، أو فرسك » فحق التزم لك بكذا ، أو فملك على كذا ، أو فلك عندي كذا ، الشيء الذي يسميه ، أو فقد اسقطت منك الدين الذي لى عليك ، أو ان اعطيت ذلك لفلان ، أو ان اسقطت الدين الذي لك على فلان ، فلك ... داري أو نحو ذلك ، فهذا من باب هبة الثواب وصرحوا بأنه اذا سمي فيها الثواب ، انها جائزة . ولم يحكوا في ذلك خلافا ، وانها حينئذ بيع من البيوع ولذلك شروط .

هكذا يحس الخطاب احساسا قويا بأحدث النظريات الفقهية المعاصرة التي تتمرض لطبيعة التصرف القانوني للتبرع ، اذا كان فيه مقابل يشكل معنى للعوض ، فهل التصرف يبقى تبرعا ، أو يصبح معاوضة ، ولا يتردد في اسباغ صمة المعاوضة عليه ، ويقول ان الامر يصبح في هذه الحالة بيعا ، ويجب لذلك أن تتوافر شروط محددة وهي :

#### شروط تتعلق بالملتزم به والملتزم عليه ( المقبل ) :

وتلك للشروط هي بعينها التي يلزم توافرها « في الثمن والمنهون من انتقاء الجهل ، والغرر ، الا ما يجوز في هبة الثواب ويكون كل منها طاهرا ، منتفعا به ، مقدورا على تسليمه » فلا يجوز أن يكون أحدهما آبقا ، ولا شاردا ولا جنينا ولا ثمة لم يبد صلاحها ، وقد يجوز أن يكونا طعامين كقوله ان اعطيتني ارضا من التمح - فلك عندي قنطارا من اللسن ، ان كان ذلك في مجلس واحد ، والطعمان حاضرا ولا يجوز أن يكونا دينين ، كقوله ان التزمت لى بدين صفته كذا وكذا ، فلك في ثمقي عشرة دناتير أو ان اسقطت منى الدين الذي لك على ، فلك في ثمتي كذا وكذا ، ولا يجوز أن يؤجل أحدهما بأجل مجهول ويشترط في صحة ذلك : أن يكون كل من الملتزم والملتزم

له ميزا ، ويشترط في لزومه ذلك أن يكون طائعا رشيدا (٤٥) .

ويلاحظ فيما تقدم أن تعليق العطاء على ابتياع سلعة أن الملتزم به — يدخل في جملة الثمن ، ولذا يشترط فيه ما يشترط في الثمن : كما أنه يجوز في هبة الثواب اشتراط الثوابه دون تعيينه ، وأنه حيث يصرح بالعوض صار حكمه حكم البيع ، أن قبول العطاء يلزم كلا من المتعاقدين بما التزمه ، وأنه لا فرق من حيث الالتزام بين القول بالعطاء أو التملك أو الهبة أو للصحة (٤٦)

### الوجه الثاني : وفيه يمثل القمل المعلق عليه الالتزام في اعطاء الملتزم

له ، للملتزم أو الغير ، منفعة شيء .

« تحسو أن أسكننى دارك سنة أو سنين بمساه أو أسكنت فلانا فيها سنة أو سنين بمساه ، فلك كذا وكذا ، أو أن أخدمتى عبيك أو أن أعطيته ثوبك ، البسه مدة معينة أو أن حملتنى على دابك ، الى موضع كذا فلك كذا ، فهذا من باب الاجارة ، فيشترط فيه شروط الاجارة وهى أن تكون المدة معلومة ، والمنفعة معلومة ، والشيء الملتزم به مما يصح أن يكون اجرة ، فلا يجوز ، أن أسكننى دارك مدة حياتى أو حياتك أو حياة زيد ، أو الى أن يقدم فلان ، وقدمه غير معلوم ، فلك عندى كذا وكذا ، أو أن أسكنتنى دارك ، فلك ... بعمري للشارد ونحو ذلك ، ويجوز أن يقول أسكنتك دارى على أن أسكن دارك ، لا أسكنتك دارى بمقتيرة دنائير في كل سنة ، على أن أسكن دارى بعشرة دنائير أو بخمسة كل سنة حتى يبين مدة السنين » (٤٧)

### الوجه الثالث : وفيه يمثل القمل المعلق عليه الالتزام ، في قيام الملتزم

له بعمل لصحة الملتزم أو الغير .

ومثال ذلك أن يعلق الملتزم ، التزامه ، للملتزم له على قيام الآخر : العسور على شيء مفقود ، للملتزم ، أو لشخص من الغير ، أو بحفر بئر لصحة ليهما ، « فهذا من باب الجعل ، فيشترط فيه الإيجل فيه ، منفعة

(٤٥) المصدر السابق ص ١٦١ .

(٤٦) المصدر السابق ص ١٩١ / ١٩٢ .

(٤٧) المصدر السابق ص ١٩٢ .

للملتزم بكسر الزاى أو لن اشترط العمل له ، إلا بتمام العمل ، وألا يضرب في ذلك أجل ، وأن يكون الشيء الملتزم به مطلوباً مما يجوز كونه جملاً ، وغير ذلك من شروط الجملة (٤٨) .

**الوجه الرابع :** وفيه يتمثل الفعل المعلق عليه الالتزام ، في قيام الملتزم له بترك ( أو إسقاط ) حق أو امتناع عن عمل مصلحة الملتزم أو الغير .

« نحو قول الشخص للحاضنة ان استطعت حتك من لاحتاة غلك كذا وكذا وكمسالة اعطاء الزوجة زوجها ، شيئاً على إلا يتزوج عليها ، وهذا يشبه أن يكون من باب الجملة (٤٩) .

وقد نبه الخطاب الى أنه لا يؤثر في لزوم الالتزام ؛ عدم زهور المنفعة ، إذ تكفى غفلة وجودها ، لأن « للعامل لا يفعل إلا ما يتوقع فيه مصلحته » .

كما أن الالتزام في هذه الحالة لا يبطل بالموت والفلس لاته معاوضة ، وينظر في ذلك العمل ، فإن مات الملتزم قبل أن يشرع الملتزم له في العمل ، فلا يلزم الورثة للابتدى ، وإن مات بعد أن أتم العمل لزم للجملة الملتزم وإن مات في أثناء العمل فلا يخلو : إما أن يكون مما لا يتبعض كطلب الأبق وحفر وحفر الآبار ، فهذا ليس للورثة أن ينعموه من تملكه ، وإما أن يكون مما يتبعض كالحمص واللحم واقتناء الدين فهذا لا يلزمه ورثة الملتزم أن يتقوه على ذلك إلا أن يكون الاقتضاء يحتاج الى شخص من البلد ، ومات الملتزم بعد أن شرع الملتزم له في الطب وللشخص ، قال ابن رشد : فهذا يجيب أن

---

(٤٨) الموضع تسليق .

(٤٩) الموضع السابق : وقد أورد الشيخ عيش ما اثبتته للخطاب من تطبيقات على هذه الأوجه الأربعة ( ص ١٩٢ وما بعدها ) تتعلق بحكم من أعطته زوجته مالا على أن يمسكها ثم فارقها أو على أن يقوم بفعل كتحليل ضربتها فطلقها ثم أراد أن يراجعها ، وفي إسقاط حق الحضانة ، وقبول الرجل أطف لى ولك كذا معاوضة ، وطب للطف لا ثبتل حق ، وقول للرجل وننى انتكاح ابنتك ولك كذا ، وولنى بيع دارك ولك عندى كذا ، ودل على من يشتري كذا ولك كذا ، واسم لى في زواج ابنة فلان ولك كذا ، أو اترك السفر مع امك وأزوجك ابنتى .

يكون للقيام في اقتضاء ما كان قام فيه ، ولورثته ان مات ، يعنى الملتزم له ،  
للقيام بقله « (٥٠) »

### سادسا : الالتزام المعلق على الفعل الذى

#### فيه منفعة للملتزم له ( بفتح الزاى )

نصل الآن الى مثال لحض التعليق على شرط ، بالمعنى المتعارف عليه  
يقينا في كافة الشرائع والتشريعات في العالم .

والمثال هام ، ولكن حكمه هو الاهم ، لانه من خلاله يمكن استظهر  
سحنة التعليق على الشرط .:

مثال هذا النوع : قولك لشخص ما « ان بنيت بيتك او ان تزوجت ،  
فك كذا » .

#### حكمه :

وحكم هذا الالتزام هو حكم الالتزام المعلق على فعل غير الملتزم  
والملتزم له ، فهو لازم اذا وقع المعلق عليه . . . . . الا انهم لاحظوا في هذا  
كونه في معنى العوض ، عن تلك المنفعة ، فحطوه لازما بفقر الى حيازة «

ويثور للتساؤل « عن الرجل يقول لابنه اصلح نفسك ، وتعلم للقرآن ،  
ولك قريتي فلانة فيصلح نفسه بان الله نسى ، ثم يموت أبوه ، وهو لم  
يبلغ الحوز ، والمنزل في يد أبيه ، هل ترى الصدقة له جائزة ، قال لا .  
اذا كان انها هو قول هكذا ، الا ان يعرف تحقيق ذلك باثبات يشهد له على  
ذلك ، ان يقول لقوم اشهدوا انه اذا قرأ القرآن فقد وهبت او تصدقت  
عليه . . . . . بقريتي ، فيكون ذلك جائزا له ، اذا كان في ولاية أبيه ، ويكون  
ذلك جوازا له ، فاما اذا لم يكن الامر على هذا ، فأتى اخاف ان يكون ذلك  
منه على وجه التحريض فلا ارى ذلك للابن الا على وجه قوى ، مثل  
الإشهادات « (٥١) »

---

(٥٠) المصدر السابق ص ٢٠١ — ٢٠٢ وانظر تحليلا تطبيقا لقاعدةضع

وتمجمل وبيع للتقيا ص ٢٠٢ — ٢٠٥ .

(٥١) المصدر السابق ص ٢٠٧ وفي ثانيا للبحث ص ٢٠٨ قدم للحطاب

مثلا للضمان في البيوع ، هاما ، فمن اشترى طعاما بعينه فلها ذهب . =



### سابعا الالتزام المعلق على الفعل الذى فيه منفعة لغير الملتزم والمقترم له

ومثاله : ان وهبت ، كذا ، المملوك لك ، او ان اسكتت فلانا دارك سنة ، فلك كذا ، او ان جئت لفلان بعبد ، فلك عندى كذا فهذا اما ان يكون من قبل الثواب او الاجرة ، او الجمل ، ولذا يشترط فى كل نوع شروطه « ولذلك اجازوا ان يقول ان اعتقت عبدك فلك عندى كذا ، او خذ كذا ، واعتق عبدك .

وقالوا — فى حكمه — انه لازم لانه بيع ، بشرط الملق ، وهو جائز بخلاف خذ مائة ودبر عبدا ، واتخذ امك لم ولد ، فانه لا يجوز ، فان وقع لزمه التدبير ويرد المال « (٥٢) .

## الباب الرابع

### فى الالتزام المعلق على غير فعل الملتزم والمقترم له

وقد يكون الالتزام معلقا على فعل ، لا دخل للملتزم او المقترم له بتحقيقه ومثاله : ان شفى الله مريضى ، او ان شفى الله من مريضى ، ففلان على كذا .

== يقيضه ، وجده مسوسا ، نسخته . فقال له البائع بع ولاوضيمة عليك ، فحمله فى سفينة ففرقت ، قال ابن القاسم ، مصيبته من البائع لان البيع الاول لم يكن شيئا وانما هو بيع حادث ، فمضاهته من البائع ، ويعطى للمشتري اجرته فيها حله وشخص به ..» تابع النقاش ص ٢٠٨ ، ٢٠٩ (٥٢) المصدر السابق ، ص ٢١٠ ، وقد نبه الحطاب لى ان من هذا انيب ، اذا بذل شخص لرجل مالا ، على ان يطلق ذلك الرجل زوجته ، او التزم له بهال ان فعل ذلك ، فانه يلزمه بذل المال ، ويقع الطلاق بائنا،كما صرحوا بذلك ، فى باب الخلع ، ولذلك شرطوا فى جواز ذلك ، الا يكون التصد بذلك اضرار المرأة باستقاط نفقة للعدة . قال ابن عبد السلام ، ينبى ان يعتد المذهب ، بها اذا كان الغرض من التزام الاجنبى للزوج حصول مصلحة ، او درء نفقة ترجع لى ذلك الاجنبى ، مما لا يقصد به اضرار المرأة ، واما ما يفعله اهل الزمان فى بلعنا من التزام اجنبى ذلك ، وليس قصده الا استقاط النفقة الواجبة فى العدة المطلقة على مطلقتها فلا ينبى ان يخطف فى المنع منه ابتداء ، وفى انتفاع المطلق به بعد وقوعه نظر .

وحكمه : هو « حكم الالتزام المطلق ، فيقتضى به اذا وجد المعلق عليه ، ان كان الملتزم له معيناً ، وان لم يكن معيناً ، فلا يقتضى به » .  
معنى ذلك انه اذا تحقق الشرط فيقتضى بما التزم به على قاطعه (٥٣) .

### الختاتمة الخاصة

#### بتحرير الكلام في مسائل الالتزام

جعل للحطاب خاتمة كتابه بعنوان : التنبيه على مسائل حكم فيها باستطاط للزوم ، لكونها من باب استطاط الحق قبل وجوبه او لكون الالتزام فيها مخالفاً لمقتضى المقد .

وفيها فصلان :

**الاول : (٥٤) في استطاط الحق قبل وجوبه وذكر في صدد ذلك احكام المسائل — اولها : — استطاط للشفعة قبل بيع الشريك وثانيها : اجازة الورثة الوصية بكثير من الثلث او لبعض الورثة — والثالثة : من ترك ارثه لشخص في حياة ذلك الشخص او وهبة لشخص آخر ، والرابعة : من وهب يوماً لغيرها او تزوجها او استطاط حقها من القسم فلها الرجوع متى شاعت والخامسة : الامة اذا كانت تحت للعبد وقالت : اشهدوا متى عتقت فقد اخترت زوجي واخترت نفسي والسادسة : فبين شرطاً لتزوجه ان تزوج عليها ، او ان تسرى او اخرجها من بلدها فابرها بيدها ، فنقول : اشهدوا اني متى فعلت زوجي ذلك ، فقد اخترت نفسي او اخترت زوجي والسابعة : اذا أبرأت الزوجة زوجها من الصداق في نكاح التفويض قبل البناء ، وقيل ان يفرض لها والثامنة : انما استطاطت المرأة من زوجها نفقة المستقبل والتاسعة : اذا استطاطت لاحضنة حقها في الاحضنة والفاثرة : وهي التي تهينها الآن ، لانها تتعلق بما يعرف فقها بتعليق الالتزام على فعل غير مشروع كما اذا**

---

(٥٣) . المرجع السابق ، ص ٢١٠ وفيه بيان للتعليق بمعنى الاضافة ، بتعليق الالتزام على طول تاريخ معين ، والتعليق بمعنى الكلمة مثل تقديم ريت ، فذلك واقعة محتملة .

(٥٤) من جرد ٢١٢ حتى ص ٢٢٢ .

قال « شخص لآخر » أن قتلنى فقد وهبت لك دى او فقد أبرأتك « (٥٥) ،

**والحايية عشرة :** اذا عفا عما يؤول اليه جرحه . **والثانية عشرة :** اذا اعتق أمة على أن تتروجه لزمة العتق ، ولا يلزمها النكاح ..... .

ثم استعرض المسائل الباقية ومنها اسقاط المشتري حقه من القيام بالميب فى عقدة النكاح وكون ذلك غير ملزم له وتأخير صاحب الدين انضمام بعد حلول الحق كتأخير للتغريم . ومن اسقط القيلم بالجملة بعد عقد البيع ، وقبل حصول الجملة لم يلزمه ذلك .

**والفصل الثانى (٥٦) فى الشروط المناقضة لمقتضى العقد .** وفيه مسائل أولها : تتعلق بالشروط المتعلقة بالنكاح والثانية : تختص بالشروط فى الخلع والثالثة : بصدد الشروط فى البيع والرابعة : فى الشروط المتعلقة بالقرض والخامسة : فى الشروط المتعلقة بالرهن والوريفة والمبارية .

---

(٥٥) المصدر السابق ص ٢٢٧ : وقد حكى ابن الحاجب فى هذه المسألة قولين « قال : قال ابن القاسم وأحسنهما أن يقتل بخلاف عفو ، بعد عفيه ، قال فى التوضيح ، هذا الذى تسميه المصنف لابن القاسم . وكثر فى الجواهر أن أبا زيد رواه عن ابن القاسم هو فى السعية لمحتون وتصنعها سئل مسنون عن الرجل يقول ياليتنى أجد من يقتلنى ، فقال له رجل لشهد على نفسك ، أنك وهبتى دمك وعفوت عني ، وأنا أقتلك ، فشهد على ذلك ، وقتله فقال لى قد اختلف فى ذلك أصحابنا ، وأحسن ذلك أن يقتل القاتل ، لأن المقتول عفا عن شيء لم يجب له ، وإنما يجب لأوليائه ، ولا يشبهه من قتل غافرك بحياء ، فقال أشهدكم أنى قد عفوت عنه ، فقتل له ، فلو قال ، أقطع يدي مقطعة ، فقال لا شيء عليه لأن هذا ليس بنفسى وإنما جرح ، فحكم التطبيق هنا إذن هو عدم الجواز .

(٥٦) المصدر السابق من ص ٢٢٢ حتى ص ٢٦٢ .

## حاتمة

### بنتائج استعراض أساسيات أفكار الخطاب في مسائل الالتزام

تخلص إلى الآتي :

#### ١ - من حيث جوهر فكرة الالتزام :

فإن الجبر على التنفيذ هو حكم تنفيذ الالتزام الذي يقوم شرعا ، وعليه فإن فكرة الالتزام لا تختلف بالنسبة لعنصر المسؤولية في الفقه المالكي عنها في الفقه القانوني المدني المعاصر ، لا سيما في ألمانيا وفرنسا والقوانين انوسعية العربية .

#### ٢ - من حيث مدى اعتبار الالتزام اثرا لفكرة الالتزام :

سواء اراد الشخص الزام نفسه بالترحم ، أم امتثل لأمر الشرع فالزم ، فإن هذا التحليل النقيض ، ويبلغ العمق قائم في الفقه المالكي .

#### ٣ - من حيث مصادر الالتزام :

فإن الإرادة مصدر أصيل للالتزام في الفقه المالكي .

#### ٤ - من حيث الخطوط العريضة لفن التعريف الفقهي :

فإن الفقه المالكي قدم الدليل على منهجية سباقة ، فمفتاح كل شيء تعريفه ، وإذا كان التعريف في عرفنا يأتي متأخرا إلا أنه عند الفقه الإسلامي المحيط ، الجابح ، يأتي في المقدمة لأنه ينبثق عن إحاطة مطلقة ، وسبقه بعناصر البحث وهكذا نجد تعريف الالتزام لفن وفنعا ، هاديا للباحث ومرشدا له في خصم الآراء المعينة .

#### ٥ - من حيث أصول التنظيم :

فواضح أن نظرية الالتزام عند الخطاب ، قد قدمت معالم الدراسة النظرية المنهجية الكاملة ، فهناك ملول للالتزام ثم أركان وشروط تتخلل تلك الأركان ، فثمة ملتزم ، وملتزم له وملتزم به ، وصيغة ، ثم هناك عرض

للامثلة في نطلق كل فكرة ، ثم استعراض لاحكام كل فكرة ، خاصة من حيث مدى الجواز ، ومدى امكان التنفيذ ، ومدى الامر بذلك دون قضاء . او الحكم بالتنفيذ .

#### ٦ — من حيث تضافر الحلول الجزئية لتكوين فكرة اساسية :

يخطئ من يتصور للخطا أن الفقه الاسلامي يقدم حلولاً غير مترابطة على مسعد واحد ، فالعكس هو الصحيح . ان النظرة السطحية قد تدخل في الروع ان الفقه يتكلم عن عقود كثيرة في مجال لا يحتلها ، والعكس هو الصحيح فان محاولة تعميق البحث في فكرة واحدة .

#### Approfondissement Mongraphique

كما يقرر الفقه الفرنسي الحديث في اهم اصطلاحاته ، هو الذي دفع الفقهاء الى الاستشهاد ، الذي لا يعنى بحثاً المعلومات بقدر ما يريد تثبيت الاساسيات ، فالهدف دائما يتمثل في تضافر الحلول الجزئية لتكوين فكرة او افكار اساسية .

#### ٧ — من حيث التقسيمات القانونية :

فلا شك أن لفقه الاسلامي ، قد اهتم اهتماماً بالغاً بتقديم تقسيمات منطقية لنظرياته ، من ذلك مثلاً تقسيم الالتزام الى التزام غير معلق وآخر معلق ، وتقسيم الالتزام المعلق بحسب المستفيد او طبيعة الواقعة الشرطية لى تقسيمات عديدة على ما اتضح سلفاً .

#### ٨ — من حيث الاستشهاد بأراء الفقهاء :

فان لفقه الاسلامي الملكي تقدم زاداً عظيماً لا ينبغي ان يبره ان يتطه في امانة العرض وسلامة الاستنباط المدعوم برأى نقاة للفقهاء . ولعل الاستشهاد في هذا الصدد بأراء العلماء يؤكد تمكن الامثلة للعملية من الباحثين والمحققين من السادة الملكية في فقه الشريعة الاسلامية .



● الإدارة العامة  
● المجلد ٦٨  
● ربيع الآخر ١٤١١هـ  
● أكتوبر ١٩٩٠م

## قواعد المرافعات والإجراءات

### في الدعوى الإدارية

### أمام ديوان المظالم

د. محمد شتا أبو سعد \*

#### تمهيد وتقسيم :

يتوالى صدور الأنظمة الإجرائية بالملكة العربية السعودية لضبط قواعد المرافعات والإجراءات أمام مختلف الجهات القضائية، في المسائل المدنية والتجارية والشرعية وغيرها، الأمر الذى يحقق مصلحة المتقاضين في معرفة الضوابط الشكلية والإجرائية اللازمة لنيل حقوقهم المختلفة.

وكان مما صدر في هذا الصدد قرار مجلس الوزراء رقم ١٩٠ وتاريخ ١٤٠٩/١١/١٦هـ بشأن قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم والذي نشر بالجريدة الرسمية (الم القرى) بالعدد ٢٢٦٦ وتاريخ الجمعة ٤ من ذى الحجة ١٤٠٩هـ الموافق ٧ يولييه ١٩٨٩م، وهذا النظام مكون من سبع وأربعين مادة، وقد نصت مادته الأخيرة على أن «تنتشر هذه القواعد في الجريدة الرسمية ويعمل بها بعد ثلاثين يوما من تاريخ نشرها، وتلغى قرارى مجلس الوزراء رقم ١٦ وتاريخ ١٢٨٣/١/٦هـ ورقم ٩٦٨ وتاريخ ١٥ - ٩/١٦/١٣٩٢هـ كما تلغى كل ما يتعارض معها من أحكام».

وقد ورثت هذه القواعد في ابواب خمسة :

**الباب الأول :** في الدعوى الإدارية. وقد ضبغت القواعد أحكامها في المواد السبعة الأولى.

● مستشار بمحكمة استئناف القاهرة ومستشار التأمينات الاجتماعية بالرياض، ومعار سابقا للتدريس بجامعة القاهرة والازهر والجران والملك سعود بالرياض وأم درمان الإسلامية. والمركز القومي للدراسات القضائية بالقاهرة

**الباب الثاني :** في الدعاوى الجزائية والتأديبية . وقد نظمت القواعد أحكامها في المواد الثامنة حتى الثانية عشرة .

**الباب الثالث :** في النظر في الدعوى والحكم فيها . وقد نظمت القواعد أحكامها في المواد من الثالثة عشرة حتى الثالثة والثلاثين .

**الباب الرابع :** في طرق الاعتراض على الأحكام . وقد فصلت القواعد أحكامها في المواد الرابعة والثلاثين حتى الثانية والأربعين .

**الباب الخامس :** في الأحكام العامة . وضبطها المواد من الثالثة والأربعين حتى السابعة والأربعين .

وصدر هذه القواعد ، يعنى أن ديوان المظالم أصبحت له قواعد الإجرائية الأصلية لا الاستثنائية ، وأنه بذلك أصبح في غنى عن إعمال القواعد العامة في المرافعات ، إلا إذا أعوزت إلى ذلك مقتضيات العدالة الإسلامية ، وفي هذا الإطار فإنه لما كانت الدعوى الإدارية ، ليست منبئة الصلة كلية بالقواعد العامة المطبقة في المملكة في مجال المرافعات ، فإن هذه القواعد العامة يمكن أن تكون في حدود معينة ، هي المرفوع فيما لم يرد به نص في قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم ، ولقد تجدر الإشارة إلى أنه صدر المرسوم الملكي رقم م / ١ وتاريخ ١٠ / ٢ / ١٤١٠ هـ بالموافقة على نظام المرافعات الشرعية ، وقد نص البند ثانيا منه على أن ينشر هذا النظام في الجريدة الرسمية ويعمل به بعد سنة من تاريخ نشره ، وهو ما قضت به أيضاً المادة الأخيرة منه رقم مائتين وستة وستين . وقد نشر هذا النظام بالجريدة الرسمية (ام القرى) بالعدد رقم ٣٢٨٠ وتاريخ ٢٨ / ٣ / ١٤١٠ هـ (الموافق ٢٧ / ١٠ / ١٩٨٩ م) .

وستعالج قواعد المرافعات والإجراءات في الدعوى الإدارية في فصلين :

**الفصل الأول :** في الدعوى الإدارية .

**الفصل الثاني :** نظر الدعوى الإدارية والحكم فيها .



## **الفصل الأول**

### **الدعوى الإدارية**

بينت المادة الأولى من لائحة قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم كيفية رفع الدعوى الإدارية، وحددت المادة الثانية ما يجب مراعاته في دعوى خاصة قبل رفعها إلى ديوان المظالم وهي الدعوى المنصوص عليها في الفقرة (أ) من المادة الثامنة من ديوان المظالم ويقصد بها الدعوى المتعلقة بالحقوق المقررة في نظم الخدمة المدنية والتقاعد لموظفي ومستخدمى الحكومة والأجهزة ذوات الشخصية المعنوية العامة المستقلة أو يرثتهم المستحقين عنهم. واستلزمت المادة الثالثة ضرورة مراعاة أى نص خاص بشأن الدعوى المنصوص عليها في الفقرة (ب) من المادة الثامنة من نظام ديوان المظالم ووجب أن يسبق رفع الدعوى، التظلم إلى الجهة الإدارية المختصة خلال ستين يوما من تاريخ العلم بالقرار، وتتكلم الفقرة المشار إليها عن الدعوى الخاصة بالطعن في القرارات الإدارية لأسباب محددة وتعرضت المادة الرابعة لتقادم الدعوى الموجهة إلى الحكومة لطلب التعويض أو المتعلقة بالعقود التى تكون طرفا فيها وهما المنصوص عليهما في المادة ٨ ج، د وبينت المادة الخامسة ما يجب على رئيس الدائرة من تحديد موعد لنظر القضية، وحددت المادة السادسة قواعد رفع دعاوى المطالبة بتنفيذ الأحكام الأجنبية، وقضت المادة السابعة بأن رفع الدعوى لا يوقف التنفيذ أصلا. ونعرض لكل مادة في بحث. باستثناء المادة السادسة على ما تقدم.

### **المبحث الأول**

#### **قواعد وإجراءات الدعوى الإدارية**

#### **المطلب الأول : أساسيات رفع الدعوى الإدارية**

##### **أولا : مفهوم الدعوى الإدارية :**

لا ترفع الدعوى الإدارية إلا بطلب<sup>(١)</sup>، ومعنى ذلك أن الدعوى الإدارية ليست هي ذات الطلب<sup>(٢)</sup>، وليست هي مجرد الادعاء<sup>(٣)</sup>، ولكن الدعوى الإدارية، حق نظامى أو قانونى، يبيح للشخص، الذى يعتقد أنه في حاجة إلى حماية قضائية، أن يلجأ إلى ديوان المظالم، طلبا لهذه الحماية، بشأن حق منتهك، أو مركز نظامى أو قانونى معتدى عليه.

وعلى ذلك فإن من يعرف الدعوى بأنها مطالبة أو بأنها «طلب أحد حقه من آخر في حضور القاضى»<sup>(٤)</sup> ينظر إلى الوسيلة لا إلى جوهر الدعوى، ومن يعرفها بأنها ادعاء أو بأنها «قول مقبول عند القاضى يقصد به طلب حق لنفسه قبل غيره أو دفعه عن حق لنفسه»<sup>(٥)</sup> ينظر إلى امر لاحق على رفع الدعوى، أما حقيقة الدعوى فهي أنها حق نظامى أو قانونى، وليست سلطة، لأن الحق إباحة والسلطة قوة وفرض، ومن له حق يستطيع أن يستعمله أو لا يستعمله في حدود القانون، أما السلطة<sup>(٦)</sup> فقد تنطوى على ضرورة ممارستها، فالحق يمكن مباشرته أما السلطة فيلزم إعمالها.

وتعريف الدعوى بأنها حق .. يجعلها لا تختلط بالحق الموضوعى أو المركز القانونى المراد حمايته كما هو مسلك التقليديين الذين يحددون بين الدعوى والحق الموضوعى ويجعلونهما شيئا واحدا<sup>(٧)</sup>، ذلك أن الدعوى حق قائم بذاته<sup>(٨)</sup>، وهى حق يمنحه القانون للشخص الذى يريد الحماية سواء طلبها أم لم يطلبها، فإن طلبها كان ذلك الحق ثابتا في مواجهة من ترفع الدعوى ضده<sup>(٩)</sup>، ويجب ملاحظة أن الدعوى حق في طلب الحماية، وليست حقا في الحصول على الحماية، لأن الحصول على الحماية أمر منوط بمضى النجاح في إثبات الأحقية وهذا أمر محتمل وليس أمرا ثابتا ابتداء.

والدعوى الإدارية هى حق لمن كانت له صفة في رفعها، وهى بهذه المثابة تصرف مباح، وليست أمرا واجبا على الشخص، وهى حق يمكن التنازل عنه على استقلال عن الحق الموضوعى، ولكنها رغم ذلك تقبل الحوالة أو الانتقال تبعاً لحوالة أو وراثة الحق الموضوعى، وهى كائى حق تنقضى بمضى المدة.

### ثانياً : رفع الدعوى الإدارية :

تنص المادة الأولى فقرة أولى من اللائحة على أنه :  
«ترفع الدعوى الإدارية بطلب من المدعى، يقدم إلى رئيس ديوان المظالم أو من ينييه، متضمناً بيانات عن المدعى والمدعى عليه وموضوع وتاريخ مطالبة الجهة الإدارية بالحق المدعى به، إن كان مما يجب المطالبة به قبل رفع الدعوى، وفقاً للمادة الثانية من هذه القواعد، ونتيجة المطالبة أو تاريخ (التظلم) من القرار المطعون فيه، إن كان مما يجب التظلم منه إلى الجهة الإدارية قبل رفع الدعوى وفقاً للمادة الثالثة من هذه القواعد ونتيجة التظلم».

وتحليل هذا النص يستلزم الحديث عن المسائل الآتية :

١ - **ترفع الدعوى من المدعى :**

ترفع الدعوى الإدارية من المدعى: والمدعى هو من يريد إثبات شيء، وإعادة ما يخالف قوله الظاهر، وهو حر في الاختيار أو السكوت<sup>(١٠)</sup>، ويمكنه أن يباشر دعواه بنفسه أو بواسطة وكيل أو نائب، وإذا كان المدعى شخصا طبيعيا فإنه لا يلزم أن يكون كامل الأهلية، ولكنه في هذه الحالة يجب أن يباشر دعواه بواسطة شخص آخر سواء كامل الأهلية.

٢ - **ترفع الدعوى بطلب :**

المطالبة هي وسيلة التداعى أمام القضاء، وقد اقتضى التنظيم وإعمال مبدأ شكالية الإجراءات، التخل عن فكرة الطلب الشفهي في إقامة الدعوى ابتداء، وإعمال فكرة الطلب المكتوب، فالدعوى ترفع إذن بطلب مكتوب، طالما كان الثابت أن المطالبة القضائية هي الوسيلة الفنية لرفع الدعوى إلى القضاء<sup>(١١)</sup> وهذا فيما نعتقد هو أصدق تكييف للمطالبة أو الطلب في الدعوى الإدارية أيضا.

فالمطالبة في هذا الصدد يجسدها الطلب الذى يحضره أحد الأشخاص ويقدمه إلى ديوان المظالم طالبا الحكم له في الموضوع الذى يدعيه، والمطالبة كعمل إجرائي تستلزم توافر الإرادة والمحل والسبب والشكل الذى يستلزمه النظام أو القانون وذلك بحسب القواعد العامة.

٣ - **ترفع الدعوى إلى رئيس ديوان المظالم أو من ينوبه :**

الأصل أن ترفع الدعوى إلى رئيس ديوان المظالم نفسه، ولكن طبيعة عمل رئيس الديوان تجعل من المستحيل عليه مباشرة ذلك الإجراء بنفسه وإذا فإن النظام منحه سلطة واسعة في أن ينوب عنه من يشاء لكي ترفع إليه الدعوى، وعلى ذلك فإن رفع الدعوى يكون قد تم حسب صحيح نصوص النظام إذا تم ذلك في مواجهة من ينوبه رئيس ديوان المظالم<sup>(١٢)</sup>.

٤ - **بيانات الطلب الذى ترفع به الدعوى الإدارية :**

حدد النظام بيانات معينة يلزم الإشادة إليها في الطلب الذى ترفع به الدعوى الإدارية، وهذه البيانات هي:

أ - **المدعى والمدعى عليه :**

ويقصد بذلك تحديد أشخاص الدعوى الإدارية، تحديدا يفصح عن أسمائهم وصفاتهم فيها ومحال إقامتهم كاملا واضحا، حتى وإن لم يقوموا بعد ذلك بمباشرة الدعوى، لأن

العبرة في تحديد أشخاص الدعوى الإدارية، أو أى دعوى أخرى، هى بصفتهم فيها، بصرف النظر عن مباشرتهم إياها، فصاحب الحق مدعيا كان أو مدعى عليه يمكن أن يوكل من يباشر الدعوى، ولا يترتب على ذلك صيرورة المباشر مدعيا أو مدعى عليه، بل يظل خارجا عن نطاق أشخاص الدعوى ولا يكون طرفا فيها.

ويجوز أن يكون المدعى فى الدعوى الإدارية شخصا اعتباريا، ويشترط الفقه الإسلامى الأهلية فى المدعى والمدعى عليه<sup>(١٢)</sup>، على أساس أن الدعوى فى هذا الفقه تصرف شرعى، ولكن المصلحة تستلزم عدم ضرورة توافر هذا الشرط، فمن يمثل القاصر أو المحجور عليه يمكن أن يحقق مصلحته، والأصل فى النائب الصلاح.

#### ب - موضوع الدعوى :

يقصد بموضوع الدعوى، محلها، أى الأمر الذى يريد المدعى تحقيقه من وراء دعواه، وهو يبين من خلال طلباته، المشروعة والمعلومة<sup>(١٣)</sup> والمحتملة الثبوت، ويقال عادة إن محل الدعوى يتكون من حكم مطلوب إصداره وحق يرد عليه ذلك الحكم وموضوع الحق أو المركز القانونى، ولا شك أن الحكم لا يمكن أن يكون فى الصحيح محلا للدعوى، لأن الحكم هو الذى يكشف عن مدى الأحقية فى موضوع الدعوى.

وقد يتمثل موضوع الدعوى فى طلب إلغاء قرار صادر عن الإدارة أو إعدام هذا القرار الذى صدر على نحو مخالف للنظام، أو فى طلب التعويض الناجم عن اعتداء على حق قائم أو مساس بمركز قانونى ثابت، أو المطالبة بحق من الحقوق المقررة فى الأنظمة كنظام الخدمة المدنية.

#### ج - تاريخ مطالبة الجهة الإدارية بالحق المدعى به ونتيجة المطالبة عند استلزام ذلك:

من ناحية التقسيمات التقليدية<sup>(١٤)</sup> فى المجال النظامى المقارن فإن القضاء الإدارى قد يكون قضاء إلغاء توجه الخصومة فيه إلى قرار لاثقى عام أو قرار إدارى فردى، وذلك بهدف إلغاء القرار المعيب، وفى هذا القضاء لا يجوز طلب تعديل القرار المخالف للنظام أو استبداله أو القضاء لرافع دعوى الإلغاء بحقوق معينة. وقد يكون القضاء الإدارى قضاء كاملا، ومثاله فى فرنسا الطعون المتعلقة بالمسئولية الإدارية<sup>(١٥)</sup> أو العقود الإدارية، وفضلا عن هذين النوعين هناك قضاء التفسير أى إعطاء مجرد تفسير للقرار الإدارى، وهناك قضاء العقاب حيث توقع عقوبات جنائية على من يخالف الأنظمة واللوائح التى تحمى المال العام<sup>(١٦)</sup>.

وفي المملكة يجد التقسيمان الأولان مجال إعمال واسع لهما فضلا عن ولاية التأديب، وسيأتى عرض تفصيلي لذلك.

ولكننا نسبق إلى القول الآن - في ضوء السياق المنطقي للنصوص - إن من يرفع دعوى إدارية للمطالبة بحق، أيا كان، عليه أن يضمّن طلبه المقدم إلى ديوان المظالم بيانا عن تاريخ مطالبة الجهة الإدارية بالحق المدعى به، إن كان ذلك الحق مما تجب المطالبة به قبل رفع الدعوى الإدارية وذلك وفقا لما يلى بيانه في المادة الثانية من هذه القواعد، ذلك، فإذا لم يسلك الشخص هذا المسلك فإن دعواه تكون غير مقبولة لرفعها دون اتباع الطريق الذى رسمته اللائحة، وإذا ثبت أن الشخص طالب الجهة الإدارية بالحق بعد الميعاد المحدد نظاما فإن حقه في رفع الدعوى الإدارية أمام ديوان المظالم يكون قد سقط. ويلاحظ أنه لا يكفى ذكر تاريخ المطالبة بل يتعين على الطالب ذكر نتيجة المطالبة، أى ما اتخذته الجهة الإدارية بشأن مطالبته بالحق.

#### د - تاريخ التظلم من القرار المطعون فيه ونتيجته :

كذلك فإنه إذا كان القرار المطعون فيه مما يجب التظلم منه قبل رفع الدعوى أمام ديوان المظالم، فإنه يتعين على الطالب أن يذكر تاريخ التظلم من القرار المطعون فيه، قبل أن يرفع دعواه، فضلا عن بيان نتيجة هذا التظلم، وذكر تاريخ التظلم من القرار إلى الجهة التى أصدرت ذلك القرار، قبل رفع الدعوى إلى ديوان المظالم، يبين مدى التظلم في الميعاد وفقا للمادة الثالثة من هذه القواعد، وبالتالي يحدد مدى انقطاع سريان ميعاد رفع الدعوى بذلك التظلم، فالتظلم في الميعاد يقطع سريان ميعاد رفع الدعوى إلى ديوان المظالم، وذلك بصدد دعوى إلغاء القرار الإدارى.

كذلك فإن ذكر نتيجة التظلم يخول ديوان المظالم سلطة مراقبة مدى سلامة القرار الذى اتخذته الجهة التى تم التظلم إليها.

وإذا رفع صاحب الشأن الدعوى أمام ديوان المظالم قبل أن يتخذ إجراء التظلم الذى يتعين عليه اتخاذه وجوبا، حكمت الدائرة المختصة بعدم قبول التظلم.

#### المطلب الثامن : إحالة الدعوى إلى الدائرة المختصة وتعميرها

نصت المادة الأولى فقرة ٢ ، ٣ من لائحة قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم على أنه: «يحيل رئيس الديوان الدعوى إلى الدائرة المختصة التى يقع في دائرة اختصاصها

المركز الرئيسي للجهة المدعى عليها أو الدائرة المختصة التي يقع في دائرة اختصاصها فرع هذه الجهة إذا طلب المدعى ذلك وكانت الدعوى متعلقة بهذا الفرع.»  
«وللدائرة المختصة الاستعانة بأحد المتخصصين لتحضير الدعوى تحت إشرافها.»  
ونعرض فيما يلي لفكرة الإحالة، وتحضير الدعوى.

### **أولاً : إحالة الدعوى إلى الدائرة المختصة :**

الدعوى الإدارية ترفع بطلب يقدم إلى رئيس ديوان المظالم أو من ينيبه، ولكي يتم نظر الدعوى فإن رئيس ديوان المظالم، يقرر، هو أو من ينيبه، بإحالة الدعوى إلى الدائرة المختصة بنظرها، وهذه الدائرة، هي، أساساً تلك الدائرة التي يقع في دائرة اختصاصها، المركز الرئيسي للجهة المدعى عليها، معنى ذلك أن وجود المركز الرئيسي للجهة المدعى عليها في مكان ما، يقتضى إحالة الدعوى الإدارية إلى الدائرة التي يوجد هذا المركز الرئيسي في نطاق اختصاصها المكاني.

واستثناء من الأصل المتقدم، فإنه يمكن لرئيس الديوان أو من ينيبه إحالة الدعوى لا إلى الدائرة التي يتبع اختصاصها المكاني المركز الرئيسي وإنما إلى الدائرة التي يتبع اختصاصها المكاني فرع الجهة المدعى عليها، ويشترط في هذه الحالة توافر شرطين متكاملين:

**أولهما :** تعلق الدعوى بهذا الفرع، فإن كانت الدعوى غير متعلقة بهذا الفرع فإنه لا يجوز إحالة الدعوى إلى الدائرة التي يقع في دائرتها هذا الفرع حتى وإن طلب المدعى ذلك.

**ثانيهما :** أن يطلب المدعى إحالة الدعوى إلى تلك الدائرة، فإن لم يطلب وجبت الإحالة إلى الدائرة التي يقع في دائرة اختصاصها المركز الرئيسي، حتى وإن تعلق الحق موضوع الدعوى بالفرع وليس بالمركز الرئيسي.

### **ثانياً : تحضير الدعوى :**

منحت اللائحة، الدائرة المختصة، حق الاستعانة بأحد المتخصصين لكي يقوم بتحضير الدعوى، شريطة أن يتم التحضير تحت إشرافها.

ويقصد بتحضير الدعوى، اتخاذ كافة الإجراءات اللازمة لإتمام تهيئة الدعوى الإدارية للفصل فيها.

وعلى ذلك فإن من يتم الاستعانة به لتحضير الدعوى الإدارية، يستطيع تحت إشراف الدائرة التي استعانت به، أن يقوم بالآتي:

١ - الاتصال بالجهة أو الجهات الحكومية المعنية لطلب ما يعتقد بلزومه من الأوراق أو البيانات.

٢ - استدعاء من يرى ضرورة استدعائه من ذوى الشأن، وذلك لسؤالهم عن بعض الوقائع التي يمكن أن تساعد في جلاء الحقيقة، أو طلب مذكرات، ومستندات تكميلية منهم.

٣ - الأمر بدخول شخص ثالث في الدعوى.

٤ - اتخاذ أى إجراء نظامى يساعد على أو يسهم في إتمام تهيئة الدعوى للفصل فيها حتى ولو لم يكن مخصوصا عليه طالما لم يكن ممنوعا منه، فمن يحضر الدعوى يباشر مهمة قضائية بمعنى الكلمة، في ضوء ما هو معروف من أن الإدارة خصم شريف، لا هم لها إلا تحقيق المصلحة العامة، وهذا ما ينأى بالدعوى الإدارية عن اللدد في الخصومة أو الكيد.

## المبحث الثاني

### قواعد وإجراءات دعاوى المطالبات

#### بالمحتون الناشئة عن نظام الخدمة المدنية والتقاعد

حسبما يبين من فاتحة المادة الثانية من لائحة قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم فإنها استلزمت في الدعاوى الواردة في الفقرة (١) من المادة الثامنة من نظام ديوان المظالم أن يسبق رفعها إلى الديوان مراعاة أمور شريحتها فقرات أربع من تلك القواعد. ونعرض في مطلب أول للدعاوى المنصوص عليها في الفقرة (١) من المادة الثامنة من نظام ديوان المظالم، وفي مطلب ثان للإجراءات التي يجب مراعاتها.

#### المطلب الأول :

#### دعاوى المطالبات بالمحتون الناشئة عن نظام الخدمة المدنية والتقاعد :

وفقا للمادة الثامنة من نظام ديوان المظالم فإن الديوان يختص كهيئة قضاء إدارى مستقلة بأمور منها ما ورد في الفقرة المشار إليها وهي «الدعاوى المتعلقة بالحقوق المقررة في نظام الخدمة المدنية والتقاعد لموظفي ومستخدمي الحكومة والأجهزة ذوات الشخصية المدنية العامة المستقلة أو وريثتهم والمستحقين عنهم».

ومن استقراء احكام نظام الخدمة المدنية المشمل إليه يتضح ان اهم الحقوق التي يمكن ان يطالب بها الموظف او المستخدم، مايلي :

١ - إثبات الاحقية في الراتب، أو في راتب أول درجة في مرتبة الوظيفة التي عين عليها، أو راتب أول درجة تتجاوز راتبه عند التعيين إذا كان راتبه في هذا الوقت يساوي راتب هذه الدرجة أو يزيد عليه، أو إثبات الاحقية في راتب أول درجة في مرتبة الوظيفة التي يرقى إليها، أو الحق في الوضع بنفس الدرجة التي كان عليها إذا كان قد ترك الخدمة وأعيد في وظيفة بنفس المرتبة، وذلك وفقا لما هو منصوص عليه في المواد ١٦، ١٧، ١٨، من نظام الخدمة المدنية وما بعدها.

٢ - المطالبة بالبدلات والمكافآت والتعويضات وفقا لنصوص المواد ٢٢ وما بعدها من ذلك النظام والمادة ٢٢ وما بعدها من اللوائح التنفيذية له.

٣ - الحصول على الإجازات بعددها وشروطها وفترات الغياب التي يستحقها أو يؤذن له فيها وفقا للمادة ٢٨ من ذلك النظام والمادة ٢٨ وما بعدها من اللوائح التنفيذية له، أو إثبات الاحقية فيها.

٤ - كافة الحقوق الأخرى الواردة في نظام الخدمة المدنية سواء في صورة حق أو إثبات القيام بواجب ترتب على القول بعدم القيام به ضياع حق، أو كان من الراجح أنه يترتب عليه ضياع حق، ويمكن القول بوجه عام إن من حقوق الموظف العام التي قد يطالب بها أمام ديوان المظالم بعد اجتياز المراحل الإجرائية الأخرى :

أ - حقوقا أثناء شغل الوظيفة كقرار يتعلق بالترقية أو بحق مالى أو بأمر تأديبي، طالما توافرت للموظف مصلحة واضحة في هذا الشأن، وتتوافر للموظف أو المستخدم مصلحة حتى ولو تم تنفيذ الجزاء التأديبي قبل الحكم في الأخير، فمن المصلحة رفع ذلك الجزاء.

ب - حقوق الموظف أو المستخدم المتعلقة بخروجه من الوظيفة العامة.

### **المطلب الثاني :**

**مايجب مراعاته قبل رفع دعاوى المطالبة بالحقوق المترتبة على نظام**

**الخدمة المدنية والتقاعد :**

من نص البنود الأربعة الواردة بالمادة الثانية يتضح ان هناك امورا يجب مراعاتها قبل رفع الدعوى أو الدعاوى إلى ديوان المظالم إذا كانت تلك الدعاوى متعلقة بما هو منصوص



عليه في الفقرة (١) من المادة الثامنة من نظام ديوان المظالم آنفة الذكر وهي:

### **أولاً : مطالبة الجهة الإدارية بالحق**

#### **القاعدة العامة :**

يجب على الموظف أو المستخدم قبل أن يرفع دعواه إلى ديوان المظالم، أن يطلب الجهة الإدارية التي يتبعها بالحق الذي يدعيه، خلال مدة معينة هي خمس سنوات من تاريخ نشوء الحق المدعى به.

#### **الاستثناء :**

وإذا كان الأصل هو وجوب مطالبة الجهة الإدارية بالحق خلال خمس سنوات من تاريخ نشوئه، إلا أنه يرد على هذه القاعدة استثناء، فيجب سماع الدعوى، رغم عدم مطالبة الجهة الإدارية بالحق خلال تلك السنوات الخمس، إذا كان هناك عذر شرعى حال دون تلك المطالبة.

ولكن التعلل بالعدر لا يكفى، بل يجب على الموظف أو المستخدم أن يثبت قيام هذا العذر ثبوتاً تقتنع به الدائرة المختصة بالديوان، في إطار مالها من سلطة تقديرية في هذا الصدد. ويلاحظ أن رفع الدعوى دون مطالبة بالحق خلال المدة المحددة، مع الادعاء بتوافر العذر الشرعى، يستلزم إحالة الدعوى إلى الدائرة المختصة لتتقرر أولاً في مدى ثبوت ذلك العذر أمامها، فإن ثبت لها نظرت الدعوى، وإلا فإنها تقضى بعدم قبول الدعوى لرفعها بغير اتباع الإجراء أو الطريق الذى رسمه النظام.

وإذا طالب الموظف أو المستخدم الجهة الإدارية، بحقه، قبل مضي السنوات الخمس المشار إليها، فإن الجهة الإدارية تكون ملزمة نظاماً بأن تبت في المطالبة خلال تسعين يوماً من تاريخ تقديمها لها.

ولا شك أن منط أعمال المدة المحددة للمطالبة هو نشوء الحق بعد نفاذ اللائحة (أى قواعد الإجراءات والمرافعات أمام ديوان المظالم) فإذا كان الحق قد نشأ قبل نفاذها، فإن المدة المحددة للمطالبة به يبدأ احتسابها من تاريخ نفاذ اللائحة.

وما تقدم هو مفهوم البند الأول من المادة الثانية من لائحة قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم، وهي المادة التى تجد حكمتها في الاعتبارات الآتية:

**أولاً : تأكيد الثقة في الإدارة :** فالإدارة حتى وإن وصفت بأنها خصم، فإنها خصم شريف هدفه تحقيق المصلحة العامة ولذا فإن الرجوع إليها أولاً يعنى تأكيد الثقة في قدرتها على تحقيق أهدافها المرتبطة بغايات المجتمع ذاته.

ثانيا : إعطاء الإدارة فرصة كافية لتدبر مدى وقوعها في الخطأ وبالتالي إصلاح هذا الخطأ إن كان قائما .

ثالثا : تأكيد فكرة اقتصاديات العدالة فإذا كان الحصول على الحق ممكنا من الإدارة ذاتها فلماذا إنفاق الوقت والجهد قبل الرجوع إليها!!

### ثانيا : التظلم إلى الديوان العام للخدمة المدنية

#### « التظلم ومواضعه »

قد يطالب الموظف أو المستخدم الجهة الإدارية المختصة بالحق خلال المدة المحددة، وفي هذه الحالة فإن الجهة الإدارية يمكنها أن تتخذ أحد موقفين:

أولهما : إصدار قرار برفض المطالبة خلال مدة التسعين يوما المشار إليها .

ثانيهما . عدم البت في المطالبة خلال تلك المدة، وبالتالي انقضاء هذه المدة دون أن تقول الجهة الإدارية كلمتها في الموضوع .

وكلا الموقفين السابقين، لا يمنحان الموظف أو المستخدم الحق في رفع دعواه مباشرة إلى ديوان المظالم، وإنما يتعين على صاحب الحق أن يتظلم إلى الديوان العام للخدمة المدنية أولا، وهو مقيد في أن يتظلم من قرار الرفض أو عدم البت خلال ستين يوما، وهذه المدة تحسب من تاريخ العلم بالقرار الصادر من الجهة الإدارية برفض المطالبة، أو انقضاء مدة التسعين يوما المشار إليها آنفا، دون أن تبت الجهة الإدارية في الحق. فالتظلم للديوان العام للخدمة المدنية هو إجراء وجوبي لاحق لمطالبة الجهة الإدارية بالحق وسابق على رفع الدعوى إلى ديوان المظالم، إن أعوزت إلى ذلك الضرورة، على ما نرى الآن واتخاذها يقطع بأن الإدارة قد محصت مطالبة صاحب الشأن بالحق، دون أن تجدها جديرة بالإجابة .

- تسبب قرار الجهة الإدارية بيسر بتّ الديوان العام للخدمة المدنية في التظلم خلال الميعاد:

تقضى الفقرة الثانية من البند الثاني من المادة الثانية من اللائحة بأنه «يجب أن يكون القرار الصادر من الجهة الإدارية برفض المطالبة مسببا، وعلى الديوان العام للخدمة المدنية أن يبت في التظلم خلال ستين يوما من تاريخ تقديمه» .

المرحلة الثانية التي تجتازها المطالبة بالحق قبل رفع الدعوى إلى الديوان، هي التظلم من قرار الجهة الإدارية برفض المطالبة أو عدم البت فيها، إلى الديوان العام للخدمة المدنية، الذي يتعين عليه أن يبت في التظلم خلال ستين يوما، وتحسب هذه المدة من تاريخ تقديم التظلم له .

ولا شك أنه مما ييسر على الديوان العام للخدمة المدنية البت في التظلم خلال الميعاد، إن يكون قرار الجهة الإدارية الصادر برفض المطالبة بالحق قرارا مسببا. وتسيب القرار يعنى تضمينه كافة الحثثيات التى تفصح عن أسباب اتجاه إرادة الإدارة إلى رفض المطالبة. ولا شك أن هذه مسألة فنية، وتحتاج من الجهة الإدارية إلى قدرة في منطق الاقتناع، والبرهنة على أن السبيل الذى اختطته ليس سبيل تعسف، وإنما هو سبيل محاكاة وبيان.

### **نقائنا : رفع الدعوى إلى ديوان المظالم خلال تسعين يوما**

من حق صاحب المصلحة، إذا أصدر الديوان العام للخدمة المدنية قرارا برفض تظلمه، أو إذا مضت مدة ستين يوما من تاريخ تقديم التظلم إلى ذلك الديوان دون البت فيه، أن يرفع دعواه إلى ديوان المظالم خلال المدة التى حددتها هذه القواعد، فالأمر جوازى لذى المصلحة، فإن شاء سلك سبيل رفع الدعوى، وإن شاء سلم بما آلت إليه مطالبته من رفض صريح أو ضمنى.

فإذا اختار ذو المصلحة سبيل التداعى أمام ديوان المظالم، كان عليه أن يرفع الدعوى خلال تسعين يوما من تاريخ العلم بقرار الرفض، أو من تاريخ انقضاء الستين يوما المشار إليها دون بت في التظلم، فإن كان ما تبقى من خمس السنوات الواردة في الفقرة الأولى (المقصود هو البند الأول) من المادة الثانية من هذه القواعد أطول من التسعين يوما، رفعت الدعوى خلال هذه المدة الأطول.

وهذا ما نص عليه البند الثالث فقرة أولى من المادة الثانية من هذه القواعد بقوله:

«إذا صدر قرار الديوان العام للخدمة المدنية برفض التظلم أو مضت المدة المحددة في الفقرة السابقة دون البت فيه، جاز رفع الدعوى إلى ديوان المظالم خلال تسعين يوما من تاريخ العلم بالقرار الصادر بالرفض، أو انقضاء الستين يوما المذكورة دون البت في التظلم، أو خلال ما تبقى من خمس السنوات المذكورة في الفقرة الأولى من هذه المادة، أيهم أطول».

أما الفقرة الثانية من هذا البند فاستلزمت «أن يكون القرار الصادر من الديوان العام للخدمة المدنية برفض التظلم مسببا».

ومفهوم المخالفة لذلك أن قبول ذلك الديوان للتظلم يجنبه عناء ذكر أسباب القبول، وعندئذ تعتبر أسباب التظلم من القرار بمثابة أسباب الموافقة على التظلم.

#### **رابعاً ، جواز رفع دعوى أمام ديوان المظالم بطلب تنفيذ ما نسبت الأهمية فيه**

إذا وجد الديوان العام للخدمة المدنية أن المدعى محق في طلبه، فإنه يصدر قراراً بأحقية المدعى فيما يطلب به، وعندئذ يمكن أن تتخذ الجهة الإدارية أحد موقفين: فهي إما أن تنفذ قرار الأهمية، وبذا ينتهي النزاع، وإما ألا تنفذ ذلك القرار، الصادر عن الديوان العام للخدمة المدنية، فإذا استمر عدم تنفيذ ذلك القرار ثلاثين يوماً من تاريخ إبلاغه، فإنه يجوز لذى الشأن، أن يتقدم إلى ديوان المظالم، لرفع دعواه، أى دعوى طلب تنفيذ ما ثبتت فيه الأهمية، ويشترط في هذه الحالة أن يتم رفع الدعوى خلال ستين يوماً، من تاريخ انقضاء الثلاثين يوماً المشار إليها، أو خلال ما تبقى من خمس السنوات المذكورة في البند الأول من المادة الثانية من هذه القواعد أيهما أطول.

### **المبحث الثالث**

#### **قواعد وإجراءات دعاوى الإلغاء**

لدعوى الإلغاء قواعدها الخاصة وإجراءاتها المحددة، وهذه القواعد والإجراءات، قد ترد فيها نصوص خاصة، وقد تضبطها قواعد عامة: والنصوص الخاصة تسرى في نطاق ما صدرت بشأنه، حتى وإن خرجت على فحوى ومضمون القواعد العامة، استناداً إلى القاعدة الأصولية الثابتة وهي أنه الخاص يقيد العام ولا عكس. أما إن ضببتها قواعد عامة، كما ورد في المادة الثالثة من لائحة قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم، فإن هذه القواعد والإجراءات العامة هي التي تسرى طالما لم يقيدها نص خاص.

ولقد تبلورت القواعد والإجراءات المتعلقة بدعاوى الإلغاء في المادة المشار إليها، حيث لا يجوز لذى الشأن أن يرفع دعواه لديوان المظالم ما لم يسبق ذلك قيامه بالتظلم خلال مدة معينة. كما أن الجهة الإدارية المختصة التي تم التظلم لها، تصدر قرارها خلال مدة محددة يعتبر مضيقاً دون بث في التظلم بمثابة صدور قرار بالرفض.

ولا يخلو الأمر بشأن الدعوى من فرضين. **أولهما:** ألا تكون متعلقة بشئون الخدمة المدنية وعندئذ ترفع الدعوى خلال موعدها دونما حاجة إلى تظلم، **وثانيهما:** أن تكون متعلقة بشئون الخدمة المدنية، وفي هذه الحالة يلزم قبل رفعها إلى ديوان المظالم، التظلم إلى الديوان العام للخدمة المدنية خلال أجل مضروب، بحيث لا ترفع دعوى الإلغاء أمام ديوان المظالم إلا بعد أن يصدر الديوان العام للخدمة المدنية قراراً برفض التظلم أو أن تضى المدة المحددة لصدور القرار دون البت في شأنه.

وقد يصدر قرار الديوان العام للخدمة المدنية لصالح المتظلم ولا تقوم الجهة الإدارية بتنفيذه خلال ثلاثين يوما من تاريخ إبلاغه وعندئذ يجوز رفع الدعوى إلى ديوان المظالم خلال الستين يوما التالية لهذه المدة.

ويلزم اللوقوف على قواعد وإجراءات دعوى الإلغاء أن تعرض أولا للدعوى المشار إليها في كلمة وجيزة، ثم تشير إلى الإجراءات الواجب مراعاتها قبل رفع تلك الدعوى.

### **المطلب الأول : دعوى الإلغاء :**

تنص المادة الثامنة فقرة ب من نظام ديوان المظالم على أن يختص الديوان بالفصل في «الدعوى المقدمة من ذوى الشأن بالطعن في القرارات الإدارية متى كان مرجع الطعن عدم الاختصاص أو وجود عيب في الشكل أو مخالفة النظم واللوائح أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها أو إساءة استعمال السلطة. ويعتبر في حكم القرار الإدارى رفض السلطة الإدارية أو امتناعها عن اتخاذ قرار كان من الواجب عليها اتخاذه طبقا للأنظمة واللوائح».

يتكلم هذا النص عن دعوى الإلغاء، فما هي دعوى الإلغاء؟ وما العيوب التى نص عليها النظام والتي تبرر الإلغاء؟.

### **الفرع الأول : ماهية دعوى الإلغاء**

دعوى الإلغاء هي دعوى يرفعها أحد الأفراد إلى القضاء الإدارى من أجل إلغاء أو إعدام قرار إدارى موسوم بعدم المشروعية<sup>(١٨)</sup>.

فدعوى الإلغاء إذن هي دعوى يرفعها أى فرد في المملكة لديوان المظالم ابتغاء الحكم لمصلحته بإلغاء أو إعدام قرار صادر عن الإدارة حالة كونه معيبا بأحد العيوب المنصوص عليها.

فقضاء الإلغاء، مظهر من مظاهر الرقابة القضائية كنوع من أنواع رقابة المشروعية في المملكة، بحيث إنه إذا أصدرت الإدارة قرارا غير مشروع، فإن الفرد الذى يتضرر منه، يحق له أن يلجأ لديوان المظالم، وفقا لأصول إجرائية محددة، طالبا إلغاء ذلك القرار المعيب. ودعوى الإلغاء من سمات القانون العام، ولا نظير لها في مجال القانون الخاص ويقتصر دورها على «البحث في مشروعية القرار دون البحث في ملامته»<sup>(١٩)</sup> وينصرف أثر إلغاء القرار الإدارى إلى الكافة، فالإلغاء القرار، يعدم هذا القرار ليس بالنسبة لمن رفع دعوى الإلغاء فقط وإنما بالنسبة للجميع.

وإذا كانت الدول التي تأخذ بنظام وحدة القضاة الإداري والعادي تنبسط الاختصاص بنظر الدعوى للقضاء العادي، فإن الدول التي تأخذ بنظام الازدواج القضائي تنبسط ذلك بالقضاء الإداري، وفي المملكة العربية السعودية يختص ديوان المظالم، باعتباره هيئة قضاء إداري مستقلة بنظر دعوى إلغاء القرار الإداري.

### **الفرع الثاني : العيوب التي تبرر إلغاء القرار الإداري**

العيوب التي تبرر إلغاء القرار الإداري هي بحسب ما ورد في النص:

#### **١- عيب عدم الاختصاص :**

يكون القرار الإداري مشوباً بعيب عدم الاختصاص، إذا صدر من جهة لم يخولها النظام سلطة إصداره. وقد عرف القضاء عدم الاختصاص بأنه «عدم القدرة على مباشرة عمل قانوني معين جعله «المشرع» من سلطة هيئة أو فرد آخر»<sup>(٣٠)</sup>.

ويقول الفقه إن عيب عدم الاختصاص قد يكون إيجابياً عندما تصدر جهة إدارية قراراً يكون من اختصاص جهة إدارية أخرى. وقد يكون سلبياً عندما ترفض جهة إدارية إصدار قرار معين لاعتقادها أنه لا يدخل في اختصاصها، والتنوع الأول هو الشائع عملاً<sup>(٣١)</sup>.

وعيب عدم الاختصاص يتعلق بالنظام العام في المملكة، ولذا فإن ديوان المظالم يتصدى له من تلقاء نفسه، حتى لو لم يستند صاحب الشأن في طلب إلغائه إلى هذا العيب، ولا يجوز للجهة الإدارية التنازل عن الاختصاص المنوط بها، دون تفويض<sup>(٣٢)</sup> أو إجازة قانونية أو نظامية، كما لا يجوز للجهة الإدارية مخالفة قواعد الاختصاص إلا في حالة توافر ظرف استثنائي يقتضي ذلك، ولا يجوز للإدارة أن تتفق مع الأفراد على تعديل قواعد الاختصاص عندما تبرم معهم عقداً من العقود. كما أنه إذا صدر قرار مشوب بعيب عدم الاختصاص فإنه لا يجوز تعديل ذلك القرار بإجراء لاحق<sup>(٣٣)</sup>.

ويكون عيب عدم الاختصاص جسيماً إذا أصدر القرار شخص عادي، حيث يكون ذلك القرار معدوماً من الأصل، وقد خفف مجلس الدولة الفرنسي من حدة هذه القاعدة بإعمال نظرية الموظف الفعلي، فحمى الشخص حسن النية الذي يتعامل مع الشخص العادي الذي يظهر بمظهر الموظف العام، أو الذي يتعامل مع موظف كان قرار تعيينه باطلاً، فقرار هذا الموظف الفعلي يعتبر صحيحاً، شأنه أيضاً شأن القرار الذي يصدر من فرد عادي يدير مرفقاً عاماً في ظروف استثنائية كحالة حرب أو ما إلى ذلك.

وفي القانون الإداري المقارن يعتبر عيب عدم الاختصاص جسيما كذلك، وينعدم معه القرار، كلما قامت السلطة التنفيذية بإصدار قرار من اختصاص السلطة القضائية، أو السلطة التشريعية، بل قيل إنه يعد، اغتصابا لسلطة القرار الإداري - اعتداء هيئة تاديبية على اختصاص هيئة أخرى، أو اعتداء مرسوم على اختصاص رئيسه، أو إذا كان هناك تفويض باطل<sup>(٢٤)</sup>.

## ٢ - عيب الشكل :

الشكل هو الصورة أو المظهر الخارجى الذى يستلزم القانون أو النظام صدور القرار وفقا له كالكتابة أو تسبب القرار أو عرضه على جهة استشارية معينة ويدون ذلك يكون القرار معيبا بعيب الشكل بحيث يجوز لذى المصلحة أن يطلب إلغاءه<sup>(٢٥)</sup>.

وقواعد الشكل فى القرارات الإدارية تتحدد من خلال الأنظمة واللوائح<sup>(٢٦)</sup>، فالإدارة فى مقابل امتيازاتها، تلتزم بسلك الشكل الذى ترسمه الأنظمة واللوائح فى إصدار القرارات الإدارية<sup>(٢٧)</sup>، وإذا فإن مخالفة الشكل تجعل القرار باطلا، من حيث الأصل لا سيما إذا كان الشكل جوهريا، كعدم اتباع الصورة الخارجية التى كان يتعين إفرغ القرار فيها، أو عدم تسبب القرار إذا كان تسببيه شكلا أساسيا لازما لإصداره وصحته، أو عدم اتباع إجراء تمهيدى معين كإعلان صاحب الشأن لسماع أقواله أو عدم مراعاة المدد المحددة أو عدم استشارة جهة أو فرد كان من اللازم استشارته.

ولكن إذا لم يكن الشكل جوهريا فإن عدم مراعاته لا يترتب عليه إلغاء القرار الإداري<sup>(٢٨)</sup>، كإغفال شكل مقرر لصالح الإدارة لا لمصلحة الأفراد، أو لعدم اتباع إدارة شكلا ثانويا لا يؤثر فى سلامة القرار موضوعيا ولم تنقص من ضمانات الأفراد<sup>(٢٩)</sup>، أو إذا استحال، إتمام الشكل مدة طويلة وكان مبنى الاستحالة هو الناحية المادية، أو إذا تم اتخاذ الإجراء الشكلى بعد إعماله.

## ٣ - عيب مخالفة النظم واللوائح والخطأ فى تطبيقها وتأويلها :

يعتبر القرار الإداري غير مشروع إذا صدر على خلاف النظم واللوائح، أو إذا شاب خطأ فى تطبيق النظم واللوائح أو تأويلها، وينصرف هذا العيب إلى محل القرار الإداري، فهو عيب يلحق الأثر النظامي للقرار الإداري من حيث تأثيره فى المراكز النظامية للأفراد. فالأصل إذن أن القرارات الإدارية لا تكون صحيحة إلا إذا أصدرت متفقة مع القانون أو النظام وطبقا له<sup>(٣٠)</sup>.

والنظم واللوائح التي لا يجوز صدور القرارات الإدارية بالمخالفة لها تشمل كافة قواعد الشريعة الإسلامية المطبقة في البلاد<sup>(٣١)</sup>، فهي دستور البلاد كتاباً وسنة، وكافة الأنظمة وكافة اللوائح والقواعد التي يصدرها مجلس الوزراء فضلاً عن اللوائح المختلفة والمبادئ النظامية العامة والعرف الإداري، والقضاء الإداري الذي تجسده «أحكام ديوان المظالم».

فإذا خالف القرار الإداري قاعدة قانونية أو نظامية سواء كانت المخالفة مباشرة، تجاهل القاعدة النظامية بصورة كلية، أو كان الأمر مجرد خطأ في تفسير القاعدة النظامية وذلك بإعطاء القاعدة معنى يغاير معناها الحقيقي المقصود، أو كان الخطأ في تطبيق القاعدة القانونية على الوقائع<sup>(٣٢)</sup> فإنه يمكن طلب إلغاء ذلك القرار.

ويلاحظ أنه عندما أجاز ديوان المظالم الطعن في القرارات الإدارية لهذا السبب فإنه بهذا يكون قد سلك الاتجاه الحديث في توسيع نطاق حق الطعن في القرارات الإدارية، ليس لكونها صدرت مخالفة للنظام أو القانون أو اللوائح الإدارية فحسب، بل ينسحب هذا الحق عند الخطأ في تطبيقها أو تأويلها أيضاً<sup>(٣٣)</sup>، وهكذا فإن نظام ديوان المظالم قد أثار ضرورة احترام فكرة محل القرار الإداري، سواء تمثل الأمر في إنشاء أو تعديل أو إلغاء مركز قانوني عام، وذلك هو أثر اللاتحة، أو تعلق الأمر بمركز قانوني ذاتي وهذا هو الأثر الذي يترتب على القرار الفردي<sup>(٣٤)</sup>.

#### ٤ - سبب إساءة استعمال السلطة :

من أركان القرار الإداري ركن الغاية أو الغرض أو الباعث وهو النتيجة النهائية التي يسعى رجل الإدارة إلى تحقيقها<sup>(٣٥)</sup>، فإذا لم تحترم الإدارة ركن الغاية كان قرارها مشوباً بعيب إساءة استعمال السلطة، فإذا أصدرت الإدارة قراراً بتأديب موظف فإن غاية قرارها تتمثل في التأديب، لارتكابه جريمة تأديبية مثلاً، والتأديب هو التعبير الآخر عن الرغبة في حفظ النظام وحسن سير العمل، وسبب إصدار القرار التأديبي هو ارتكاب الموظف الجريمة التأديبية، وهذا يعني أن هناك اتصالاً بين الغاية من القرار والسبب، ولكنهما رغم ذلك يتميزان فالسبب يعني أن رجل الإدارة لا يباشر سلطاته إلا إذا كان هناك مبرر لذلك، والغاية هي الإطار الذي تدور داخله السلطة التقديرية للإدارة<sup>(٣٦)</sup>.

وعلى ذلك فإن القرار الإداري قد يكون خالياً من كافة عيوب عدم المشروعية ولكن الباعث عليه أو الغاية منه تكون على خلاف ظاهره<sup>(٣٧)</sup> فيمكن طلب إلغائه، فإذا حدد النظام أو القانون غايات معينة فلا يجوز للإدارة أن تستهدف غايات أخرى غيرها، وإذا لم يحدد



النظام غاية معينة كان على الإدارة أن تسعى إلى تحقيق هدف المصلحة العامة، وإلا جاز إلغاء ذلك القرار بسبب توافر عيب إساءة استعمال السلطة<sup>(٣٨)</sup>.

- ما يعتبر في حكم القرار الإداري :

أشارت المادة ٨/أ من نظام ديوان المظالم إلى أنه يعتبر في حكم القرار الإداري وبالتالي تصدق عليه أسباب الإلغاء «رفض السلطة الإدارية أو امتناعها عن اتخاذ قرار كان من الواجب عليها اتخاذه طبقاً للأنظمة واللوائح».

- مدى تأثير دعوى الإلغاء على تنفيذ القرار الإداري :

يرى أحد الكتاب - بحق - أنه لا ينبغي أن توقف دعوى الإلغاء سير تنفيذ القرار الإداري، استناداً إلى أن ما صدر من قرارات إدارية صحيحة فإنها يجب أن تظل كذلك إلى أن يثبت العكس<sup>(٣٩)</sup>.

ومع أن ذلك هو المسلك الذي تبنته اللائحة إلا أنها أجازت الأمر بوقف تنفيذ القرار أو باتخاذ إجراء تحفظي أو وقفي عند الاقتضاء، إذا كان عدم الأمر بوقف التنفيذ أو اتخاذ الإجراء يترتب آثاراً يتعذر تداركها لو تم الانتظار لحين الفصل في أصل الدعوى.

وقد نصت على ذلك المادة السابعة من اللائحة تفصيلاً بقولها:

«لا يترتب على رفع الدعوى وقف تنفيذ القرار المطعون فيه. على أنه يجوز للدائرة المختصة أن تأمر بوقف تنفيذ القرار أو أن تأمر بإجراء تحفظي أو وقفي بصفة عاجلة عند الاقتضاء خلال أربع وعشرين ساعة من تقديم الطلب العاجل أو إحالته إليها إذا قررت ترتب آثار يتعذر تداركها وذلك حتى تفصل في أصل الدعوى»

## المطلب الثاني : قواعد وإجراءات دعوى الإلغاء :

رسمت المادة الثالثة من لائحة قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم الأصول الإجرائية التي يتعين مراعاتها قبل رفع دعوى الإلغاء وهي :

### أولاً : للتظلم من القرار خلال ستين يوماً من تاريخ العلم به

في غير الحالات التي ورد بشأنها نص خاص، فإنه يجب قبل رفع دعوى الإلغاء، التظلم إلى الجهة الإدارية التي أصدرت القرار، ويجب أن يتم هذا التظلم خلال ستين يوماً من تاريخ العلم بهذا القرار، وهذا العلم يتحقق بأحد سبيلين:

أولهما : الإبلاغ بالقرار.

**ثانيهما : النشر في الجريدة الرسمية إذا تعذر الإبلاغ بالقرار.**

هذا فيما يتعلق بالقرارات الصادرة بعد نفاذ هذه اللائحة، أما القرارات الصادرة قبل نفاذ هذه اللائحة، فإن مدة التظلم بالنسبة لها تبدأ من تاريخ نفاذ هذه القرارات.

#### **بدء سريان ميعاد التظلم من تاريخ العلم بالقرار :**

يتحقق العلم بالقرار إما بالإبلاغ أو بالنشر في الجريدة الرسمية عند تعذر الإبلاغ.

#### **١ - الإبلاغ كوسيلة أساسية للعلم بالقرار :**

الوسيلة الأساسية للعلم بالقرار الإداري، علما يبدأ به سريان ميعاد التظلم من القرار هي إبلاغ ذوى الشأن به.

والإبلاغ هو إعلان الفرد بالقرار، أو إعلامه به، على نحو شامل، يجعله يحيط به إحاطة كاملة، سواء من حيث مضمونه أو من حيث عناصره، فهذا الإبلاغ يتحقق العلم بالقرار، علما ينتج أثره النظامي وهو بدء سريان ميعاد رفع دعوى الإلغاء إلى ديوان المظالم. ويكون الإبلاغ نظاميا، إذا وجه إلى الشخص كامل الأهلية في موطنه، أو إلى الوصى ومن إليه بالنسبة لناقص الأهلية.

وإذا صدر القرار في مواجهة شخص معنوي مثل الشركات والجمعيات فإن الإبلاغ يتم إلى ممثل الشخص المعنوي أو نائبه النظامي أو القانوني.

والإبلاغ كوسيلة تنقل بها جهة الإدارة القرار الإداري إلى صاحب أو أصحاب الشأن يجب أن يتم بأى طريقة ترى الإدارة أنها الوسيلة المناسبة للعلم بالقرار، ولا يجب أن يتم وفقا لشكل معين، ولا في قالب محدد، طالما كان الإبلاغ منصبا على فحوى القرار الإداري، ولذا يجوز أن يتم باليد، أو بخطاب موصى عليه، أو بأى وسيلة أخرى يتوافرها الدليل على تمامه، لأن عبء إثبات حدوث الإبلاغ يقع على عاتق الإدارة ذاتها، إنما يلاحظ أن ميعاد الطعن يبدأ من تاريخ اتصال علم المبلغ له به.

#### **ب - النشر كوسيلة احتياطية للعلم بالقرار عند تعذر الإبلاغ :**

المقصود بالنشر كوسيلة للعلم بالقرار الإداري عند تعذر الإبلاغ به، هو نشر القرار في الجريدة الرسمية، أى في جريدة أم القرى، وحدها دون سواها، من طرق النشر الأخرى حتى لو تحقق العلم اليقيني بتلك الطرق.

وقد كانت اللائحة واضحة في ذلك حماية لمصالح الأفراد، ذلك أن النشر يفتح به سريان ميعاد الطعن في القرار الإداري، وكل ذلك ما لم يرد نص خاص يأخذ بفكرة العلم عن طريق النشر في نشرة خاصة أو أية صحيفة وعندئذ يؤخذ بالنص الخاص، لأن الخاص يقيد العام ولا عكس. وللنشر في الجريدة الرسمية (أم القرى) يرفع عن الجهة الإدارية أى عبء يتعلق بحدوث النشر الذى يبدأ منه سريان ميعاد التظلم من القرار الإداري.

### **ثانياً : بت الجهة الإدارية في التظلم خلال تسعين يوماً**

إذا تحقق علم صاحب الشأن بالقرار الإداري، وأراد رفع دعوى الإلغاء أمام ديوان المظالم، فقام بأول خطوة وهي التظلم من القرار إلى الجهة الإدارية المختصة خلال ستين يوماً من تاريخ العلم بالقرار، كان على صاحب الشأن أن ينتظر الخطوة الثانية التى تتخذها الجهة الإدارية نفسها، وهى قيام تلك الجهة الإدارية بالبت في التظلم خلال تسعين يوماً وتبدأ هذه المدة من تاريخ تقديم التظلم إلى الجهة الإدارية، فإذا أصدرت الجهة الإدارية قرارها خلال الميعاد، وكان هذا القرار بالرفض، فإنه يجب أن يكون ذلك القرار مسيئاً، أما إذا سكنت الجهة الإدارية حتى انقضت مدة التسعين يوماً، فإن مضي هذه المدة لا يفسر لمصلحة صاحب الشأن، وإنما يعتبر ذلك بمثابة قرار يرفض التظلم.

معنى ذلك أنه إذا كان التظلم من القرار الإداري، أمراً ضرورياً، قبل رفع دعوى الإلغاء أمام ديوان المظالم، فإنه لا يجوز لصاحب المصلحة أن يرفع دعواه قبل هذا التظلم وإلا كانت دعواه غير مقبولة، كما أنه من حق الجهة الإدارية أن تصدر أو ألا تصدر قراراً إيجابياً خلال مدة الستين يوماً في هذا التظلم، فإن لم تصدر قراراً حتى انقضت المدة فإنها تعتبر قد أصدرت قراراً سلبياً بالرفض يفتح الباب - كقرار الرفض الصريح - أمام صاحب الشأن لرفع دعواه أمام ديوان المظالم.

ولكى تبت الجهة الإدارية في التظلم فإنه يجب أن يكون قد وصل إليها خلال الميعاد القانوني، أى خلال الستين يوماً المشار إليها، فإن كان قد وصل إليها بعد هذا الميعاد لا تكون الجهة الإدارية ملزمة بأى حال من الأحوال بالرد على التظلم لأنه ليس هناك تظلم من وجهة النظر النظامية، وإذا فإن مضي تسعين يوماً في هذه الحالة لا معنى إطلاقاً أنه قد صدر قرار يرفض التظلم طلالاً أنه ليس هناك تظلم.

وسنرى لاحقاً أنه لا يجوز، على خلاف الحال في دول أخرى، رفع دعوى الإلغاء قبل مضي مدة التسعين يوماً المشار إليها.

ولا يعتد بالتظلم إذا لم يكن للمتظلم مصلحة في إلغاء القرار المتظلم منه، أو إذا لم يكن القرار الإداري المتظلم منه نهائياً، أو إذا لم يقدم التظلم للجهة الإدارية التي أصدرته، أو إذا كان التظلم غامضاً غير مفصّل عن الغرض منه، أو إذا قدم بعد الميعاد كما تقدم، ففي كل هذه الأحوال لا يكون هناك تظلم، وبالتالي لا تكون الجهة الإدارية ملزمة بالبت فيه خلال التسعين يوماً أو خلال أي مدة أخرى، وانقضاء التسعين يوماً لا يعتبر قراراً صادراً برفض التظلم.

ويلاحظ أن الجهة الإدارية إذا أصدرت قرارها بالرفض كان عليها أن تسبب ذلك القرار.

### **نكنا : رفع الدعوى خلال ستين يوماً وذلك على تفصيل**

الخطوة الثالثة من مراحل رفع الدعوى أمام ديوان المظالم هي رفع الدعوى فعلاً أمام الديوان، خلال مدة ستين يوماً، ولكن بدء هذه المدة يختلف بحسب ما إذا كانت الدعوى متعلقة بشأن من شئون الخدمة المدنية أم غير متعلقة بها،

١ - فإن كانت الدعوى غير متعلقة بشئون الخدمة المدنية، فإن صاحب الشأن يكون ملزماً برفعها إلى ديوان المظالم خلال ستين يوماً من تاريخ علمه بالقرار الصادر برفض تظلمه إن كان قد صدر قرار خلال التسعين يوماً التي يناط بالجهة الإدارية البت بالتظلم خلالها، أو من تاريخ انقضاء مدة التسعين يوماً كاملة، إذا لم تبت الجهة الإدارية في التظلم المقدم لها.

٢ - وإن كانت الدعوى متعلقة بشئون الخدمة المدنية، فإنه لا يجوز لصاحب الشأن رفعها إلى ديوان المظالم إلا بعد أن يتظلم إلى الديوان العام للخدمة المدنية (بعد التظلم للجهة الإدارية) وذلك خلال ستين يوماً من تاريخ العلم بالقرار الذي أصدرته الجهة الإدارية برفض التظلم إن كان قد صدر قرار بالرفض، أو من تاريخ انقضاء مدة التسعين يوماً المحددة للجهة الإدارية إذا لم تقم تلك الجهة خلالها بالبت في التظلم:

١ - واجب الديوان العام للخدمة المدنية بالبت في التظلم خلال ستين يوماً وإلا جاز رفع الدعوى لـديوان المظالم: فإذا كان الأمر متعلقاً بشئون الخدمة المدنية على ما تقدم، وتم التظلم له في الميعاد، كان عليه أن يبت في التظلم المرفوع له خلال ستين يوماً من تاريخ تقديمه له، فإذا رفض الديوان العام للخدمة المدنية التظلم، أو سكت ولم يبت في التظلم خلال تلك المدة، فقد انفتح الباب أمام صاحب الشأن

لرفع دعواه إلى ديوان المظالم خلال تسعين يوما من تاريخ العلم بقرار الرفض أو من تاريخ انقضاء مدة الستين يوما دون بت في التظلم، ولا شك أنه يلزم أن يكون قرار الديوان العام للخدمة المدنية برفض التظلم مسببا.

ب - جواز رفع دعوى تنفيذ الحق الذي أقره ديوان المظالم:

إذا قرر الديوان العام للخدمة المدنية قبول التظلم شكلا لرفعه في الميعاد وفي الموضوع بأحقية المتظلم في الحق الذي تظلم من أجله، وبإلغاء القرار المتظلم منه، ولم تنفذ الجهة الإدارية قرار الديوان العام للخدمة المدنية خلال ثلاثين يوما من تاريخ إبلاغ ذلك القرار، جاز لصاحب الشأن رفع دعوى إلى ديوان المظالم خلال الستين يوما التالية لهذه المدة.

## المبحث الرابع

### قواعد وإجراءات دعاوى التعويض ومنازعات العقود الإدارية

#### النص النظامي :

نصت المادة الرابعة من لائحة قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم على أنه :  
«فيما لم يرد به نص خاص لا تسمع الدعاوى المنصوص عليها في الفقرتين (ج،د) من المادة الثامنة من نظام ديوان المظالم بعد مضي خمس سنوات من تاريخ نشوء الحق المدعى به ما لم يكن ثمة عذر شرعي حال دون رفع الدعوى يثبت لدى الدائرة المختصة بالديوان، وبالنسبة إلى الحقوق التي نشأت قبل نفاذ هذه اللائحة فتبدأ المدة المحددة لسماع الدعاوى بها من تاريخ نفاذها».

وتحليل هذا النص يقتضي التعرض أولا للدعاوى المنصوص عليها في الفقرتين ج،د من المادة الثامنة من ديوان المظالم، ثم للمسائل الإجرائية التي يلزم مراعاتها قبل سماع تلك الدعاوى، وتبحث هاتين المسألتين في مطلبين.

#### المطلب الأول : دعاوى التعويض ودعاوى المنازعة في العقود الإدارية

تنص المادة الثامنة ١ - ج/د من نظام ديوان المظالم على أن يختص الديوان بالفصل في (ج): دعاوى التعويض الموجهة من ذوي الشأن إلى الحكومة والأشخاص ذوي الشخصية العامة المستقلة بسبب أعمالها. .

(د) للدعوى المقدمة من ذوى الشأن فى المنازعات المتعلقة بالعقود التى تكون الحكومة أو احد الاشخاص المعنوية العامة طرفا فيها.

ونعرض فيما يلى لفكرة دعوى التعويض<sup>(٤٠)</sup>، ودعوى المنازعة فى العقود الإدارية.

### أولا : دعوى التعويض:

إذا كانت دعوى الإلغاء تستهدف إعدام القرار المعيب، فإن دعوى التعويض لها هدف أساسى هو «إصلاح الضرر الناشئ عن تصرف الإدارة نتيجة الاعتداء على حق شخصي»<sup>(٤١)</sup> أو مساس بمركز قانونى معين، ومعنى ذلك أنه إذا صدر عن الإدارة عمل تجسد فى شكل اعتداء ، على حق من الحقوق الشخصية، وأصاب ذلك الشخص ضرر من جراء ذلك العمل فإنه يحق له نظاما أن يرفع دعوى تعويض أمام ديوان المظالم لكى يحصل على تعويض عادل يجبر ما لحقه من أضرار.

ويلاحظ فى هذا الصدد أن الحقوق الوظيفية التى يستمدها الموظف أو المستخدم من النظام أو القانون مباشرة، بحيث تكون سلطة الإدارة مقيدة بشأنها، فإنها تعد من قبيل دعوى القضاء الكامل، فيمكنه رفع دعوى تعويض بشأنها، ومثلها حقوق الموظف فى المرتب أو المعاش أو المكافأة<sup>(٤٢)</sup>، أما حقوق الموظف أو المستخدم التى لا يستمدها من النظام مباشرة، وإنما تنشأ له بمقتضى قرار إدارى تتمتع فيه الإدارة بسلطة تقديرية واسعة فإنها تندرج فى إطار دعوى الإلغاء لا التعويض.

وعلة هذه التفرقة أن موضوع دعوى الإلغاء هو قرار إدارى غير مشروع كما تقدم فدعوى الإلغاء دعوى موضوعية يخاصم فيها قرار إدارى، أما موضوع دعوى التعويض فهو طلب تعويض عادل لجبر ضرر، وتكون الخصومة فيه بين رافع الدعوى وبين الإدارة ولذا فرافع دعوى التعويض يجب أن يكون صاحب حق. أما رافع دعوى الإلغاء فيكفى أن يكون صاحب مصلحة<sup>(٤٣)</sup>، ودعوى الإلغاء ينحصر دور القاضى فيها فى إلغاء القرار الإدارى كليا أو جزئيا بحسب مدى عدم المشروعية الذى لحقه، أما دعوى التعويض فيشمل ليس فقط تعويض المضرور من القرار وإنما أيضا تعديل ذلك القرار وتحديد حقوق المضرور فى مواجهة الإدارة، ويحوز حكم الإلغاء حجية مطلقة فى مواجهة الكافة، أما حكم التعويض فيقتصر أثره على أطراف النزاع، كذلك فإن المنازعات التى تدخل فى نطاق دعوى الإلغاء تختلف عن المنازعات التى تنتمى إلى دعوى التعويض.

### أ- اختصاص ديوان المظالم بنظر دعوى التعويض :

يتحدد اختصاص ديوان المظالم بنظر دعوى التعويض على أساس أمور ثلاثة وهي في ضوء نص المادة ٨/١ ج والقواعد العامة المقدمة تتمثل في:

#### ١- رفع الدعوى من ذي شأن أى من ذى مصلحة :

يقول نص المادة ٨/١: إن دعوى التعويض ترفع من ذوى الشأن ويقصد بهم أصحاب المصلحة في رفع الدعوى، أى الأشخاص الذى يتوافرون على حق تم الاعتداء عليه، كموظف يفصل من عمله دون وجه حق، أو شخص نزع ملكيته من أجل المصلحة العامة ولكن دون أن ينال تعويضاً، أو ينال تعويضاً دون أن يكون هذا التعويض عادلاً، كما تتوافر المصلحة في حالة «مصادرة مال ... دون سند قانوني»<sup>(١٤)</sup> أو سجن الموظف أو إيقافه دون سبب، كذلك يعتبر الشخص ذا مصلحة في رفع دعوى التعويض إذا كان قد أصيب من جراء أى تصرف غير مقصود من الإدارة طالما ترتب عليه ضرر، حتى ولو كان ذلك التصرف مشروعاً.

والرأى الغالب أن شرط الصفة يندمج في شرط المصلحة في دعوى الإلغاء، ونعتقد أن الصفة شرط ضرورى مستقل عن شرط المصلحة في دعوى التعويض، لا سيما وأن الصفة في دعوى التعويض تعنى الاستناد إلى حق منتهك وليست فقط مجرد مصلحة شخصية مباشرة كما في دعوى الإلغاء<sup>(١٥)</sup>.

#### ب - أن توجه الدعوى إلى الحكومة والأشخاص ذوى الشخصية العامة المستقلة:

قطعت قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم كل شك حول مدى استقلال دعوى التعويض ووجودها كدعوى قائمة بذاتها، فقد فصلت المسائل الإجرائية المتعلقة بالدعوى المختلفة التى ترفع أمام ديوان المظالم ولذا فإن دعوى التعويض لا ترفع إلى الحكومة كما قد يتصور، وإنما ترفع إلى ديوان المظالم كدعوى مستقلة وقائمة بذاتها، وتوجه فقط ضد الحكومة كخصم شريف والأشخاص ذوى الشخصية العامة المستقلة.

#### ج- أن يكون رفع الدعوى لجبر ضرر نجم بسبب أعمال الإدارة :

لا يكفي لتوافر أركان دعوى التعويض، استجماعها كافة شروطها ومنها وجود عمل من أعمال الإدارة ووجود ضرر، وإنما يجب أن يرتبط الضرر بالعمل الصادر عن الإدارة ارتباطاً علة، فإذا انتقت علاقة السببية بين عمل الإدارة وبين الضرر انتقت المسؤولية، يستوى بعد هذا أن يكون عمل الإدارة مادياً كشق طريق أو إنشاء جسر، أو قانونياً كقرار إدارى فردى أو لائحى طالما ترتب على هذا أو ذاك ضرر بذى الشأن.

#### • حالت يمكن طلب التعويض فيها:

وليس هذا مجال عرض تفصيلي لحالات إمكان طلب التعويض، ولكن من المسلم به أن التعويض قد يطلب على أساس الخطأ، أو على أساس المخاطر، أو على أساس عدم اتخاذ الإدارة قرارا إداريا أو تراخيا في اتخاذه حتى حدث الضرر، أو تعجلها في اتخاذ القرار الإداري أو اتخاذها قرارا غير مشروع<sup>(١٦)</sup>، ولئن تقرر في المملكة فكرة طلب التعويض في حالة امتناع الإدارة عن تنفيذ حكم قضائي لأن اللائحة أباحت للأفراد أن يرفعوا دعاوى بطلب تنفيذ القرارات الصادرة بأحقيتهم على ما تقدم.

#### ثانيا : العقود الإدارية

نصت الفقرة د من المادة ١/٨ من نظام ديوان المظالم على اختصاص ديوان المظالم بالفصل في الدعاوى المقدمة من ذوى الشأن في المنازعات المتعلقة بالعقود التي تكون الحكومة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة طرفا فيها.

ومعنى ذلك أن كافة عقود الإدارة دون استثناء وما ينشأ عنها من خصومات تدخل في ولاية الديوان<sup>(١٧)</sup>.

ويمكن الاسترشاد في تعريف العقد الإداري بتعريف المحكمة الإدارية العليا<sup>(١٨)</sup> في مصر له بأنه: «العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق أو بمناسبة تسييره، وإن تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام وذلك يتضمن العقد شرفا أو شرفا غير مالوفة في عقود القانون الخاص».

فالعقد الإداري الذي يختص ديوان المظالم بنظر المنازعات المتعلقة به تبرمه الإدارة بما لها من امتيازات السلطة العامة. والعقد الإداري بهذه المثابة ليس قرارا إداريا وإنما هو توافق إرادة الإدارة مع إرادة أخرى، ولذا يكون الطعن عليه ليس بدعوى الإلغاء وإنما بدعوى القضاء الكامل وهذا أمر متفق عليه في فرنسا ومصر.

والعقود الإدارية أو عقود الإدارة قد تكون عقودا إدارية بتحديد النظام، ومثلها عقود الأشغال العامة، وعقد التوريد، وقد تكون عقودا إدارية بطبيعتها<sup>(١٩)</sup> ذلك أن الأنظمة لا يمكن أن تحدد كافة العقود الإدارية ولذا يتحدد العقد الإداري من خلال كون الإدارة طرفا فيه، واتصال العقد بنشاط مرفق عام أو سيره، واتجاه نية المتعاقدين إلى الأخذ بأساليب القانون العام في تنفيذ العقد.



## **المطلب الثاني:**

### **عدم سماع دعاوى التعويض ومنازعات العقود الإدارية**

#### **بعد مضي خمس سنوات :**

الجانبا الإجرائى المتعلق بدعوى التعويض والدعاوى المتعلقة بالمنازعات التى تنوّر بشأن عقود الإدارة، يتعلّق بعدم تأييد هذه الدعاوى، فهى ليست سيفا مستمرا مسلطا على أعمال الإدارة المادية والقانونية أو النظامية، ولكن هذه الدعاوى تتقادم ككل الحقوق، فى كافة الدول، حتى تستقر المراكز النظامية ولا تظل الحقوق عرضة للقلّة، ولم تنشأ لائحة قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم أن تستخدم لفظ التقادم وإن استعادت التعبير الإسلامى وهو عدم سماع الدعوى، فيما لم يرد به نص خاص فإن دعاوى التعويض والدعاوى المتعلقة بالعقود الإدارية لا تسمع إذا مضت خمسة أعوام من تاريخ نشوء الحق المدعى به كقاعدة عامة. ولكن احتساب هذه المدة، ومدى ورود استثناء على هذه القاعدة يخضع لتفصيل، فقد ميزت المادة الرابعة من اللائحة المذكورة بين الحقوق التى نشأت قبل نفاذ اللائحة والحقوق التى نشأت بعد نفاذ اللائحة.

#### **أولا : عدم سماع دعاوى التعويض ومنازعات العقود الإدارية**

##### **التي نشأ الحق فيها بعد نفاذ اللائحة**

##### **القاعدة العامة :**

القاعدة العامة بشأن مدى سماع دعاوى التعويض ومنازعات العقود الإدارية التى نشأ الحق فيها بعد نفاذ لائحة قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم، هى أن هذه الدعاوى لا تسمع بعد مضي خمس سنوات من تاريخ نشوء الحق المدعى به. والمقصود ليس تاريخ الصدور وإنما تاريخ نفاذ اللائحة أو العمل بها، أى أن المدة تحسب ابتداء من ٦ من المحرم ١٤١٠هـ. من نشأ حقه فى إقامة الدعوى فى ذلك اليوم، ومن نشأ حقه فى أول شهر صفر ١٤١٠هـ بدأت مدة عدم السماع وهى خمس السنوات من ذلك التاريخ، أى أن صاحب الشأن يحق له رفع دعواه حتى نهاية شهر المحرم ١٤١٥هـ وهكذا.

##### **الاستثناء :**

ومراعاة من اللائحة لكافة مقتضيات قواعد العدالة فإن الدعوى تسمع مهما كان تاريخ نشوء الحق فى رفعها إذا أثبت صاحب الشأن أن لديه عذرا شرعيا حال بينه وبين رفع الدعوى، ويتعين على صاحب الشأن أن يثبت ذلك العذر للدائرة المختصة بديوان المظالم.

### **ثانيا : الحقوق التي نلت قبل نفاذ اللائحة**

من المتصور أن يكون أى شخص قد لحقه ضرر من جراء عمل مادی من الإدارة أو من جراء تنفيذ عقد إدارى، ويكون الحق في رفع الدعوى، قد نشأ قبل صدور هذه اللائحة ببضع سنوات، وعندئذ رأت اللائحة إسقاط هذه المدة كاملة فلا تحتسب ضمن مدة عدم السماع وإنما يبدأ احتساب المدة المحددة لسماع الدعوى من تاريخ نفاذ اللائحة، وهى خمسة أعوام كاملة اعتبارا من ٦ محرم ١٤١٠هـ.

### **المبحث الخامس**

#### **تحديد موعد لنظر الدعوى وإبلاغ أطرافها والجهات المعنية بها**

فصل المادة الخامسة من اللائحة على أنه :

«على رئيس الدائرة حال ورود القضية إليه أن يحدد موعدا لنظرها يبلغ به أطراف الدعوى وكلا من وزارة المالية والاقتصاد الوطنى وديوان المراقبة العامة ويجب الا تقل الفترة بين الإبلاغ وتاريخ الجلسة عن ثلاثين يوما.

كما يبلغ الديوان العام للخدمة المدنية أيضا إذا كانت الدعوى من الدعاوى المتعلقة بشؤون الخدمة المدنية المشار إليها في المادتين الثانية والثالثة من هذه القواعد.

ولكل من وزارة المالية والاقتصاد الوطنى، وديوان المراقبة العامة، والديوان العام للخدمة المدنية بحسب الحال أن ترسل خلال هذه المدة وجهة نظرها إلى ديوان المظالم أو أن تطلب الاشتراك في المرافعة. وفي هذه الحالة يتعين التنسيق مع الجهة الحكومية الطرف في الدعوى».

وهذه المادة تضع الأصول الإجرائية الآتية:

#### **١ - قيام رئيس الدائرة بتحديد موعد لنظر الدعوى بعد ثلاثين يوما على الأقل،**

من المعلوم أن رئيس ديوان المظالم أو من ينوبه يقوم بإحالة الدعوى إلى الدائرة المختصة، فإذا تمت الإحالة، ووردت القضية إلى رئيس الدائرة، كان عليه بمجرد ورودها، أى حال ورودها، أن يحدد موعدا لنظر هذه الدعوى، أى أنه يحدد موعدا لنظر هذه الدعوى بعد ثلاثين يوما على الأقل، وذلك لكى يتمكن من إبلاغ الجهات المراد إبلاغها قبل تاريخها بثلاثين يوما.

## ٢ . إبلاغ أطراف الدعوى والوزارات أو الجهات المعنية قبل ثلاثين يوما من نظر الدعوى؛

يقوم رئيس الدائرة ليس فقط بتحديد جلسة لنظر الدعوى بل يقوم أيضا بالامر بإبلاغ أطراف الدعوى بتاريخ الجلسة المحددة لنظرها، كما يبلغ وزارة المالية والاقتصاد الوطنى وديوان المراقبة العامة، كما يبلغ الديوان العام للخدمة المدنية إذا تعلق الامر بدعوى بشأن حق من الحقوق المقررة في نظام الخدمة المدنية .. أو الطعن في قرار إدارى.

ويجب أن يتم هذا الإبلاغ قبل تاريخ الجلسة بثلاثين يوما، فإن اتيقن رئيس الدائرة من حدوث الإبلاغ في نفس اليوم حدد جلسة بعد ثلاثين يوما، وإذا كان الإبلاغ يستغرق سبعة أيام مثلا حدد جلسة بعد سبعة وثلاثين يوما وهكذا، ويحسن أن يكون الميعاد شهرين لكى يتم الإبلاغ بصفة يقينية خلال شهر، ولكن هذه قاعدة فالإبلاغ يمكن أن يتم بين ساعة وأخرى وعندئذ يكفى ثلاثون يوما بعد ذلك ليستعد فيها ذور الشأن لنظر الدعوى، وإعداد ما يحسم أن يستعدوا به من مستندات أو أوجه دفاع أو دفع، لمصلحة الجهة الحكومية التى تكون طرفا في الدعوى.

ولا شك أنه يحق لوزارة المالية والاقتصاد الوطنى وديوان المراقبة العامة والديوان العام للخدمة المدنية، أن يرسلوا خلال هذه المدة وجهة نظرهم إلى ديوان المظالم أيا كانت وجهة النظر تلك، ولكل منهم، بحسب الأحوال أن يطلب الاشتراك في المرافعة، وفي هذه الحالة يستلزم الأمر نوعا من التنسيق بين الجهة التى ستشارك في المرافعة وبين الجهة الحكومية الطرف في الدعوى.

## **الفصل الثاني**

### **النظر في الدعوى الإدارية**

### **والحكم فيها وطرق الاعتراض على الأحكام**

نعرض في مبحث أول لقواعد النظر في الدعوى، وفي مبحث ثان للحكم فيها وفي مبحث ثالث لطرق الاعتراض على الأحكام

#### **المبحث الأول**

#### **النظر في الدعوى الإدارية**

**أولا : مميزات :**

**• تكميل الدائرة :**

بعد إحالة الدعوى الإدارية إلى الدائرة المختصة، وتحضيرها، تبدأ تلك الدائرة بنظرها، والأصل أن الدائرة تشكل من رئيس وعضوين، ولكن اللائحة أجازت لرئيس الديوان، حسب سلطته التقديرية، أن يشكل دوائر فرعية من عضو واحد فقط لكي تنظر الدعاوى اليسيرة، وذلك في ضوء القواعد التي تنطوي عليها اللائحة التي يصدرها رئيس الديوان لتحديد تلك الدعاوى اليسيرة<sup>(٥٠)</sup>.

وإذا كانت الدائرة مشكلة من رئيس وعضوين، فإن جلساتها لا تصح إلا بحضورهم جميعا، فهذا هو مقتضى نظام تعدد القضاة وهما استلزمته صراحة المادة الخامسة عشرة من هذه القواعد، ويحدث عملا ألا يتوافر العدد اللازم من الأعضاء، وعندئذ، يلزم، ندب من يكمل نصاب النظر في الدعوى<sup>(٥١)</sup>.

**• علانية الجلسات :**

وتعتقد الدائرة جلساتها بصورة علنية، بحيث يكون لكل إنسان، من حيث الأصل، حق حضورها، وقد أكدت القواعد مبدأ علانية الجلسات، ولكن هذا المبدأ ليس على إطلاقه، فللدائرة أن تجعل الجلسات سرية . مراعاة للأداب أو محافظة على النظام العام ولكن السرية تقتصر على نظر الدعوى، أما النطق بالحكم فيحصل دائما في جلسة علنية . ويرتبط بمبدأ علانية الجلسات أمام الدوائر المختصة بنظر الدعاوى الإدارية، مبدأ آخر يستخلص ضمنا من المادة الحادية والعشرين من هذه القواعد، وهو مبدأ شفوية المرافعات،

فطلما أن لكل دائرة أمين سر، (أو كاتباً) يُناط به تحت إشراف رئيس الدائرة عملية تدوين جميع الإجراءات التي تتم في الجلسة في محضر، فلازم ذلك أن تكون من بين هذه الإجراءات إجراءات شفوية، فالكاتب أو أمين السر، لا يسجل فقط أسماء أعضاء الدائرة الذين حضروا الجلسة وزمان ومكان انعقادها، ومن حضر من الخصوم ووكلائهم، بل يسجل أيضاً كافة الإجراءات التي تتم في الجلسة، وكذلك الشهادات التي يدلي بها الشهود، وأقوال أطراف الدعوى، والطلبات التي يبدونها، ونبذة موجزة تتضمن ملخص الدفاع الذي دافعوا به عن حقوقهم، وقد استلزم ذلك النص قيام أعضاء (أو عضو) الدائرة وأمين السر وأطراف الدعوى بتوقيع ذلك المحضر، تأكيداً لسلامة استخلاص ما تم من مرافعات شفهوية مكتملة للمرافعات الكتابية المدونة في المذكرات مثلاً.

#### • ضبط الجلسة :

لرئيس الدائرة وفقاً للمادة السادسة عشرة من هذه القواعد صلاحيات واسعة من أجل ضبط الجلسة وحفظ نظامها، فله أن يخرج من يخل بالنظام من قاعة الجلسة، بل والحكم بحبسها أربعاً وعشرين ساعة، أو بتغريمه مائتي ريال، إن هو تهاذى في الإخلال بنظام الجلسة، بيد أن الدائرة إن وجدت أن النظام قد عاد، وأن الهدوء قد استتب، فإنها تستطيع أن ترجع عن الحكم الذي أصدرته وذلك إلى ما قبل انتهاء الجلسة<sup>(٢٦)</sup>.

كذلك يحق لرئيس الدائرة أن يأمر بمحو العبارات التي يقدر أنها جارحة أو مخالفة للأداب أو النظام العام بمستوى أن تكون هذه العبارات مما سبق قلم أمين سر الجلسة إلى إثباته فور سماعه إياها من أحد الأطراف، أو أن تكون قد وردت بمذكرة قدمت إلى الدائرة. وفي النهاية يجوز لرئيس الدائرة أن يأمر أمين سر الدائرة بتحرير محضر يتضمن ما عساه أن يكون قد وقع من مخالفات أو جرائم أثناء انعقاد الجلسة، وله عند الاقتضاء أن يأمر بالقبض على من اقترف تلك الأفعال.

#### • ثانياً : المحضور والغيب :

ضبطت المادة التاسعة عشرة من هذه القواعد أحكام حضور الخصوم أو من ينوب عنهم في الدعوى الإدارية، وأكملت الفقرة الأولى من المادة العشرين هذه الأحكام ونحل هذه الأحكام فيما يلي:

#### • من الخصوم أو من ينوب عنهم في المحضور :

يحق للخصم أن يحضر الجلسة بنفسه، أو أن ينوب عنه غيره، فقد اعترفت قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم بفكرة تمثيل الخصوم، ولذا فإنه بإمكان أى منهم

الحضور في اليوم المعين لنظر الجلسة، لتقديم أوراق أو مذكرات أو يبدى أقوالاً يرى أنها كافية بإظهار وجه الحق في دعواه أو دعوى موكله أو من يمثله. أو من يباشر الدعوى بدلا منه.

#### ١ - حكم عدم حضور المدعى<sup>(٥٣)</sup>.

المدعى ليس مجبرا على الحضور، فحضوره تقرر لمصلحته، فإن وجد مصلحته في غير ذلك، فله عدم الحضور مع تحمل النتائج المترتبة على غيابه؛ فالحضور عبء إجرائي، ولكن عدم الحضور يمكن أن يفوت على المدعى المصلحة التي يمكن أن تتحقق من وراء حضوره ويباح للمدعى الذي لم يتمكن من الحضور، أن يقدم للدائرة عذرا مقبولا، قبل موعد الجلسة، سواء عن طريق خطاب أو برفقية أو عن طريق النشر إن اطلعت الدائرة على عذره. فإذا لم يحضر المدعى، ولم يقدم إلى الدائرة عذرا تقبله، فإنه يجوز للدائرة في هذه الحالة أن تلجأ إلى أحد خيارين:

الخيار الأول : هو الفصل في الدعوى بحالتها، أي الفصل فيها بحسب الحالة التي تكون عليها في تلك الجلسة، سواء كانت دعوى مطالبات بحقوق ناشئة عن نظام الخدمة المدنية والتقاعد، أو دعوى إلغاء أو دعوى تعويض أو دعوى منازعة في عقد إداري، فيتم الاكتفاء بالطلبات والأقوال والأدلة الواردة فيها، فإذا رأت الدائرة أنها كافية لإثبات حقوقه حكمت لمصلحته، وهذا أمر محتمل، وإن وجدت بأنها غير كافية لإثبات حقوقه حكمت ضده، وهذا أمر قد يكون أكثر احتمالا، لا سيما إذا كان الطرف الآخر قد قدم من أدلة الثبوت المضادة، أو أدلة النفي، ما يدحض طلبات المدعى الغائب، ولكن الحكم في الدعوى بحالتها وإن كان خيارا ثابتا للدائرة، إلا أنه خيار مشروط بطلب المدعى عليه.

#### الخيار الثاني : هو شطب الدعوى :

كذلك يحق للدائرة في حالة عدم حضور المدعى، بدل الحكم بحالتها بناء على طلب المدعى عليه، أن تقوم بشطب الدعوى، والشطب يفتح الباب أمام المدعى، بعد ذلك، لكي يطلب من الدائرة النظر فيها من جديد، وفي هذه الحالة، تقوم الدائرة بتحديد موعد لنظر الدعوى، وتقوم الدائرة أيضا، وليس المدعى، بتبليغ المدعى عليه، بهذا الموعد، حيث يتم نظر الدعوى.

#### • حكم عدم حضور المدعى للمرة الثانية :

إذا غاب المدعى للمرة الأولى فشطبَت الدائرة الدعوى، وطلب المدعى من الدائرة النظر فيها فاستجابت لطلبه وحددت موعدا لنظرها، ثم غاب المدعى ثانية، فإنه يحق له أن يقدم

عذرا تقبله الدائرة، حتى يمكن تأجيل سماع الدعوى لجلسة تالية، وقد يكون هذا العذر هو نفس العذر الأول إن كان لا زال قائما او عذرا آخر مقبولا، فإن لم يقدم أى عذر، او قدم عذرا لم تقبله الدائرة، فإنه يترتب على ذلك أثر إجرائى هام، هو قيام الدائرة بشطب الدعوى، وهذا الشطب للمرة الثانية يستتبع بدوره أثرا إجرائيا آخر، هو أن الدائرة لا يمكنها بعد ذلك سماع تلك الدعوى، إلا إذا صدر قرار بذلك من هيئة التدقيق مجتمعة.

ويثور في هذا الصدد سؤال يتعلق بكيفية اتصال علم هيئة التدقيق بالواقعة وإصدارها قرارا بشأنه. وفي هذا الصدد يمكن تصور أحد فروض ثلاثة، أولها تقدم المدعى بطلب لرئيس ديوان المظالم يبدى فيه عذره، أو يلتمس فيه إعادة النظر في عذره الذى لم تقبله الدائرة، فيحيل رئيس الديوان الأمر إلى هيئة التدقيق لتقول كلمتها فيه إن وجد ذلك مناسبا. وهذا هو الفرض النظامى. وثانيها: أن يتقدم المدعى مباشرة بطلب إلى رئيس الدائرة يلتمس فيه رفع الأمر لهيئة التدقيق لتقول كلمتها فيه ويكون على الدائرة في هذه الحالة أن ترفع الأمر لرئيس ديوان المظالم لكي يقدر جدوى عرض الأمر على هيئة التدقيق كذلك، فإن وجد أن الأمر يحتمل القبول أحاله إلى هيئة التدقيق، وإن وجد أن المدعى يماطل ويُسوّف لاعتبارات تؤثر في مجريات العدالة كان له أن يؤشر بحفظ الطلب. والفرض الثالث هو تقدم صاحب الشأن، أى المدعى، إلى هيئة التدقيق مباشرة بالتماس للنظر في إمكانية تحديد جلسة لسماع دعواه، ونرى أنه لا يجوز اللجوء إلى هذا الفرض إلا في أضيق نطاق، لأنه يفتات على السلطة التقديرية لرئيس الديوان في هذا الصدد، وعندما يتم اللجوء إليه لعذر قهرى، فيجب على هيئة التدقيق أن ترفع الأمر لرئيس الديوان لاتخاذ ما يراه مناسبا بشأنه.

فإذا عرض الأمر على هيئة التدقيق فإن الدعوى لا تسمع بعد ذلك، كما يقرره عجز الفقرة الأولى من المادة الثامنة عشرة من هذه القواعد إلا إذا قررت ذلك هيئة التدقيق مجتمعة، ومعنى ذلك أن قرار هيئة التدقيق بسماع الدعوى لا بد أن يتخذ بالإجماع لا بأغلبية آراء أعضاء الهيئة.

وبالاحظ، في ضوء المادة العشرين من هذه القواعد، أن ما تقدم من إجراءات منوط بحالات عدم حضور المدعى نهائيا في أى جلسة من الجلسات، أما إذا كان المدعى قد حضر أى جلسة من جلسات نظر أو سماع الدعوى الإدارية، أمام الدائرة المختصة، فإن الخصومة تعتبر حضورية في حقه، حتى وإن تخلف عن حضور باقى الجلسات.

٢ - حكم عدم حضور المدعى عليه<sup>(٢٤)</sup> :

لا يشير عدم حضور المدعى عليه، في الدعاوى الإدارية، إلى صعوبات إجرائية، لأن المدعى عليه، في تلك الدعاوى، يكون في العادة، بالغ الحرص، وشديد الاهتمام بالحضور، حتى لا يتحمل تبعات الحكم. ومع ذلك فإن القواعد راعت ظروف المدعى عليه وقضت الفقرة الثانية من المادة الثامنة عشرة بحكم مؤداه، أنه إذا لم يحضر المدعى عليه في الجلسة التي أبلغ بضرورة حضورها، فإنه يجب على الدائرة في هذه الحالة أن تؤجل نظر الدعوى إلى جلسة تالية، ويجب في هذه الحالة أيضاً إعلان المدعى عليه بموعد الجلسة، فإذا تخلف المدعى عليه، فإنه لا يكون أمام الدائرة إلا أن تفصل في الدعوى، ويعتبر الحكم الصادر في الدعوى حضورياً في كافة الأحوال.

وأما إذا كان المدعى عليه قد حضر في أي جلسة من جلسات نظر الدعوى الإدارية، فإن الخصومة تعتبر حضورية في حقه، شأنه شأن المدعى، حتى وإن تخلف في جلسات لاحقة، وهذا هو أيضاً مقتضى إعمال المادة العشرين فقرة أولى من هذه القواعد.

### المبحث الثاني

#### الحكم في الدعوى الإدارية

يشير الحكم في الدعوى لمشكلات علمية وعملية بالغة الأهمية، سواء من حيث المبادئ العامة، أو قواعد الإثبات في مجال الدعوى الإدارية، أو في مجال صياغة الحكم ذاته ونقصر في هذا الصدد على أمهات المشكلات، حيث لا يتسع المقام، الآن، لبسط هذا الموضوع، ونتناول، كل جزئية من الجزئيات الثلاثة السابقة في مطلب مستقل، في ضوء قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم.

#### المطلب الأول : المبادئ العامة للحكم في الدعوى الإدارية :

##### ١- تعريف :

الحكم كما يقول الفقهاء هو متبیین الحكم الشرعی، والإلزام به ...<sup>(٢٥)</sup> يمتقضى قول ملزم صادر عن ولاية علمة<sup>(٢٦)</sup>، بعد الترافع<sup>(٢٧)</sup>.

وهذا المفهوم الإسلامي كلف تماماً لتحديد طبيعة الحكم الصادر عن ديوان المظالم وغيرها، وهو يفصح عن خصيصة هامة من خصائص القضاء في الدعاوى الإدارية، وهي



خصيصة هيمنة القضاء الإداري هيمنة كاملة، على الإجراءات الإدارية، انطلاقاً من أن الحكم صادر عن ولاية عامة، وإعمالاً للنصوص ذاتها، لأن مؤدى المادة الثالثة والعشرين من قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم، أن الدائرة إذا رأت إثناء المرافعة، أن هناك ضرورة لمباشرة إجراء معين من إجراءات الإثبات كالمعينة، أو التحقيق التكميلي، كان لها أن تقوم بذلك الإجراء بنفسها، أو أن تندب لذلك عضواً من أعضائها، إذا كانت مشكلة من أكثر من عضو، كما أنه يحق للدائرة استظهار وجه الحق في الدعوى بطلب سماع من ترى لزوماً لسماعه فليس ذلك وفقاً على الدعوى التأديبية أو الجزائية. كما يحق للدائرة أن تستعين بالخبرة على ما بيّنته المادة الرابعة والعشرون من تلك القواعد.

وبهذه السمة، يمتاز القضاء الإداري عما سواه، فالقاضي هو الذي يوجه إجراءات التقاضي وليس الخصوم، وهذا التوجيه يمنح الدائرة دوراً إيجابياً يمكن من خلاله جلاء وجه الحق في الدعوى، حتى إذا ما وجدت صالحة للفصل فيها، استناداً إلى سلطتها التقديرية المبنية على سمة قدرتها في توجيه الإجراءات الإدارية كان له أن يصدر حكمه العادل بمنأى عن كل موجبات إطالة أمد التقاضي وفقاً للقواعد الإجرائية العامة.

ولا شك أن القاضي الإداري يقدم حكماً أقرب ما يكون إلى الحقيقة في غالب الأحيان، لأن النصوص لا تتناهى مع حق الدائرة في تكوين عقيدتها، من خلال شفوية المرافعات، ثم من خلال محضر الجلسة المكتوب الذي يحصره أمين سر الدائرة، وكذلك المذكرات والمستندات، ولا شك أن البساطة في الإجراءات والاقتصاد في مجريات الدعوى، ينتجان حكماً عادلاً من خلال عدالة قضائية إدارية ناجزة، ذات حلول صائبة<sup>(٥٨)</sup>.

## ٢ = المدالة :

من سمات الأحكام كفاءة، صدورها عقب مداوات، تتم بين أعضاء الدائرة، ويتحقق المعنى ذاته حتى وإن كانت الدائرة مشكلة من عضو واحد، فالمدالة هي مشاورين أعضاء الدائرة، ويتبادل للرأي، بقية الوصول إلى رأي نهائي يتم إصداره في صورة منطوق للحكم، ولازم ذلك أن تكون المدالة بين أكثر من عضو.

ولكن المدالة أيضاً تفكير هادئ، ورغبة في ترجيح الرأي الصائب، وهذا أمران يمكن أن يصدرا عن عضو واحد<sup>(٥٩)</sup>، ولذا يحق لرئيس الدائرة المشكلة من عضو واحد أن يعلن عقب انتهاء المرافعة، رفع الجلسة على أن يصدر الحكم بعد المدالة.

ويترتب على هذا أنه في خلال فترة المداولة لا يجوز سماع أحد أطراف الدعوى الإدارية أو من يمثلها، إلا إذا تم ذلك في حضور الطرف الآخر، ولا أن تُقبل أوراق أو مذكرات مقدمة من خصم، دون تمكن الطرف الآخر من الاطلاع عليها، كما لا يجوز أن يشترك في المداولة غير أعضاء الدائرة الذين سمعوا المرافعة، أو أن يقوم بالمداولة ومن ثم إصدار الحكم فرد آخر بخلاف العضو الفرد الذي رأس الدائرة إبان سماع المرافعة.

وبمثل هذه المعاني قضت المادة الحادية والعشرون وهي تواجه فرض تعدد أعضاء الدائرة بأنه إذا كانت الدائرة مشكلة من أكثر من عضو، فإن المداولة تكون سرًا بين كل أعضاء الدائرة. ولا شك أن السرية أمر جوهري كذلك بالنسبة للعضو الفرد الذي يرأس الدائرة، ولا تشير النصوص عادة إلى ذلك، لأن الفرد يفكر في أعماقه، أما أعضاء الدائرة فيفكرون معا بصوت مسموع، ولذا تكون السرية معه أوجب.

#### ٢ - صدور الحكم بالأنفعية :

بانتهاؤ المداولة، تصدر الدائرة، حكمها، إذا كانت مشكلة من أكثر من عضو، بأغلبية أعضائها، والحكم الصادر عنها ينسب إليها بكامل هيئتها، يستوى في هذا الصدد أن يكون الحكم قد صدر بالأغلبية أم بالإجماع، ومفاد ما تقدم أنه من المتصور أن يكون من بين الأعضاء الثلاثة عضو لا يوافق على ما انتهى إليه العضوان الآخران، وهذه ظاهرة صحيحة في مجال تكوين العقيدة حول الحقيقة المراد الوصول إليها، ولم تحرم النصوص العضو المخالف من حقه في إثبات رأيه، فيكون له أن يوضح مخالفته، من جهة، وأسباب هذه المخالفة من جهة أخرى، في محضر الجلسة. وليس في أسباب الحكم، لأن الحكم لا يجوز أن يحمل أى مظهر من مظاهر عدم الاتفاق في الرأي. وتكون إكثارية أعضاء الدائرة ملزمة، كذلك، بتوضيح وجهة نظرها، وذلك بالرد على العضو المخالف، ليس في أسباب الحكم، وإنما في محضر الجلسة، فحسب. وفي كل الأحوال فإن محضر الجلسة يوقع من جميع أعضاء الدائرة، فضلاً عن أمين سرها، وذلك على نحو ما قضت به المادة الثلاثون من هذه القواعد، أي قواعد المرفعات والإجراءات أمام ديوان المظالم.

وحق العضو المخالف في إثبات رأيه، هو حق قائم في بعض الشرائع والأنظمة الوضعية، كالتشريعات الانجلوسكسونية، فإذا لم يصدر الحكم بالإجماع فإن للأقلية تسجيل رأيه وإعلانه<sup>(١٠)</sup>، واعتقد أن إعلان الرأي المنشق أو المخالف في صلب الحكم مما يوهن من الحكم، ويضعف الثقة فيه، لذا فإن الأفضل هو الاكتفاء بتسجيل الرأي المخالف في محضر الجلسة، مع تقنين باقى الآراء له وردهم عليه.

## **المطلب الخامس : الإثبات في مجال الحكم في الدعوى الإدارية :**

### **المشكلات التي تستثير أعمال طرق الإثبات :**

مقتضى نصيب قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم، أن الدائرة لها مطلق الحرية في تكوين عقيدتها من خلال أى إجراء من إجراءات الإثبات، سواء قامت به من تلقاء نفسها أم اتخذته بناء على طلب مقدم لها من أحد الأطراف.

ولا يثير الحكم في الدعوى الإدارية اعتماداً على المستندات المكتوبة أى صعوبات جدية إلا في حالة طعن أحد الأطراف على تلك المستندات بالتزوير، إذ يمكن في هذه الحالة اتخاذ الإجراءات اللازمة لتحقيق واقعة التزوير المدعاة وذلك بإرسال المستندات إلى خبير لإبداء رأيه فيها، ولقد أصبحت الخبرة في هذا الصدد مجالاً للثقة المطلقة، فإذا كان المستند محل شك، فإن الجهة التي تبحث التزوير تكون لديها الإمكانيات العلمية للوقوف على مدى سلامة المحرر، وبالتالي تأكيد تزويره أو عدم تزويره.

ولكن الدائرة لها سلطة تقديرية واسعة في شأن مدى اتخاذ إجراءات تحقيق التزوير، فقد تجد أن تحقيق التزوير غير منتج في الدعوى، أو غير جدى، وعندئذ يكون لها ألا تطلب من الخصم إعلان شواهد التزوير لخصمه الغائب، بل تحكم في الدعوى مباشرة<sup>(١١)</sup>. ولكن الإثبات بمقتضى الطرق الأخرى قد يثير بعض النقاط التي تحتاج إلى بيان، كما قد تعزز إليها بعض المشكلات التي تجابه الدائرة وهي تنظر الدعوى الإدارية.

### **أ - فيها يتعلق بالخبرة :**

فإنها توقف القاضى على حقيقة النزاع، فالدائرة، لا تستطيع أن تقطع وحدها برأى طبي أو هندسى أو زراعى أو متعلق بتحقيق الخطوط أو البصمات<sup>(١٢)</sup>، لذا فإن الدائرة إذا لم تجد في أوراق الدعوى الإدارية ما يكفى لتكوين عقيدتها في الموضوع يكون لها أن تقرر نذب خبير لكى يقدم تقريراً في الموضوع أو ليحضر أمام الدائرة لتناقشه بنفسها في إحدى المسائل الفنية.

وقد أكدت هذا الحق المادة الرابعة والعشرون من قواعد المرافعات المذكورة، حيث أنطقت بالدائرة - إذا رأت أن تستعين بالخبرة - سلطة تقرير نذب خبير، أو أكثر، وذلك بمجرد قرار غير مسبب، لا بحكم تهديدى مطول، على أن تحدد في قرارها الأمور الآتية :

- مهمة الخبير : فتحدد له تحديداً دقيقاً وأفياً ما يقوم به، ولا شك أن المهام تختلف في حال المطالبات بالحقوق الناشئة عن نظام الخدمة المدنية والتقاعد عنها فيما لو تعلق الأمر بدعوى إلغاء أو بدعوى تعويض، أو بنزاع حول عقد من العقود الإدارية.

ومما لا مراء فيه أن المسائل النظامية أو القانونية ليست من المسائل التي يجوز للدائرة أن تجعلها من بين مهام الخبير، فالخبير يقوم بعمل فنى، ولا دخل له بالأنظمة، وقد يختلط الأمر فيما لو كانت مهمة الخبير إثبات مظاهر ركن قانونى أو نظامى كمظاهر ركن الخطأ، إن تعلق الأمر بدعوى تعويض، ولكن الأمر في هذه الحالة لا يجب أن ينصرف إلى مطالبة الخبير ببيان ما إذا كان ركن الخطأ متوافرا من عدمه، وإنما يطلب منه استظهار مدى حقيقة أو مدى توافر تلك المظاهر فحسب، والدائرة أن تقوض الخبير في سؤال من يلزم لجلاء وجه الحق في الدعوى، دون حلف يمين.

#### - الأجل اللازم لإيداع التقرير :

وقرار الدائرة بنذب الخبير لا يكفي أن يبين مهمة الخبير بدقة، وإنما يجب أيضا أن تحدد له الأجل أو المهلة التي يتعين عليه أن يودع تقريره خلالها؛ ذلك أن العدالة تقتضى عدم ترك الخبير حرا في تقديم تقريره في الوقت الذى يشاء، ولكن الدائرة من جانب آخر، تراعى أن تكون تلك المهلة مناسبة لطبيعة المهمة التي يقوم بها، فهناك مهمة قد تحتاج أسبوعا وأخرى قد تحتاج إلى أسبوعين أو شهر أو أكثر.

#### - الأجل اللازم لجلسة المرافعة المبنية على التقرير :

ولما كان التقرير طريقا من طرق الإثبات، أو بالأحرى مجسداً لحصلته إحدى طرق الإثبات، فإنه لا يكفي تقديم التقرير لكي تحكم الدائرة في الدعوى بعد وروده مباشرة، بل يجب أن تحدد في قرارها أجلا لإعادة الدعوى إلى المرافعة، بمعنى أنه يجب أن يعقب ورود التقرير، انفتاح باب المرافعة، فبعد أن كانت الدعوى خلال فترة المهمة في حالة سائنة، إذ بالمرافعة تعيدها سجلا بين الطرفين فتعود إلى حالة الحركة حيث يكون لكل طرف أن يناقش التقرير وإن يرد عليه، أو أن يؤيده. والدائرة بدلا من كل ما تقدم، أن تستعين بالخبير نفسه، فتطلبه لكي يحضر بالجلسة، وتناقشه في رأيه الذى يبديه شفاها، على أن يقوم أمين سر الدائرة بإثبات ذلك في محضر الجلسة.

فإذا قدم الخبير تقريره أو أبدى رأيه الفنى مشافهة، فإن ذلك لا يعنى مطلقا أن الدائرة يجب أن تحكم بنفس الرأى الذى انتهى إليه الخبير، فالقاعدة الثابتة في كثير من الأنظمة أن رأى الخبير لا يقيد المحكمة، وقد تجدر الإشارة في هذا الصدد أن نظام المرافعات الشرعية السعودى آنف الذكر قد نص في المادة المائة والثالثة والثلاثين على أن رأى الخبير لا يقيد المحكمة ولكنها تستأنس به، ولكن يبقى بعد ذلك أن تقوم الدائرة بتأسيس قضائها على اسباب كافية لحمله<sup>(١٦)</sup>. فالحكم الذى لا يستند إلى تقرير الخبير يجب أن تكون له

أسانيدہ المبررة له، ولازم ذلك أن الحكم الذى لا سند له يوقع القاضى، أولاً، فى دائرة الحرمة<sup>(١٧)</sup>.

#### ب - وفيما يتعلق بالمعينة :

فهذا أيضاً حق ثابت للمحكمة، فللدائرة أن تقوم بالمعينة بنفسها أو أن تندب من أعضائها من يقوم بها، وذلك وفقاً للمادة الثالثة والعشرين من هذه القواعد، فالمعينة هى قيام المحكمة<sup>(١٨)</sup> بكامل هيئتها أو ممثلة فى عضو من أعضائها، بالانتقال إلى مكان ما لمشاهدته إذا كانت هذه المشاهدة مجددة. وقد يكون ذلك لازماً بوجه خاص، فى الدعاوى، الإدارية المتعلقة بالتعويض عن فعل مادى أو فعل خاطئ يستوجب التعويض. والمعينة لا تعنى حكم الدائرة يعلمها الشخصى، لأن العلم فى هذه الحالة، كما هو الشأن فى العلم الناشئ أثناء المرافعة، هو علم مستقى من واقعات التداعى، وإذا فالحكم بمقتضاه جائز<sup>(١٩)</sup>.

ولا شك أنه يلزم أن تتم المعينة أثناء المرافعة، وليس بعد قفل باب المرافعة، أى حجزها للمداولة والحكم، وهى بهذه المثابة إجراء من إجراءات الإثبات أو وسيلة من وسائله، ولذا فإن المعينة لا تعتبر من قبيل الوسائل التحفظية، كما هو الحال فى بعض صورها فى أنظمة أخرى، حيث يكون لصاحب الشأن وعلى نفقته وقبل أن تكون هناك دعوى أساساً، أن يطلب من المحكمة الانتقال لإجراء معينة لإثبات حالة معينة، لا يكون من الممكن إثباتها بعد ذلك، ولا استنباط الدليل المراد استنباطه منها، فهى تكون لرفع ضرر محقق أو وشيك الوقوع يتعذر الحيلولة دونه مستقبلاً، أو الاستيثاق من حق يفضى على دليله من الزوال إن استمر الحال إلى ما بعد رفع الدعوى الموضوعية<sup>(٢٠)</sup>.

ولا يوجد ما يمنع، لمثل هذه الاعتبارات، تقدم صاحب الشأن إلى ديوان المظالم لإجراء مثل هذه المعينة التحفظية باعتبارها إجراء تعوز إليه اعتبارات العدالة الإنسانية، طالما كان ذلك على نفقة الطالب ومسئوليته.

#### ج - التحقير التكميلى :

منحت المادة الثالثة والعشرون من هذه القواعد، الدائرة التى تنتظر الدعوى الإدارية، سلطة القيام بكاملها، أو من خلال أحد أعضائها، بإجراء تحقيق تكميلى، والتحقيق التكميلى هو ذلك الإجراء الذى بمقتضاه تتمكن الدائرة من جلاء حقيقة واقعة لم تثبت بدليل قاطع، بحيث لو تركت بدون تحقيق لكان الركيز إليها أمراً غير ممكن وفقاً للمجرى العادى للأمر<sup>(٢١)</sup>.

والتحقيق التكميلي بهذه المثابة هو وسيلة من وسائل الإثبات، ويلزم أن يكون إثبات المرافعة، وأن يكون ضروريا لجلاء وجه الحق في الدعوى، وأن تباشره الدائرة بكامل أعضائها أو أن تندب له أحد هؤلاء الأعضاء، وهو يكون بقرار لا بحكم تمهيدى، وتحدد له جلسة أو جلسات معينة، وهو على هذا النحو لا يستلزم كمن أو سكن الدعوى طالما حضر الطرفين.

وقد منح النص - على ما تقدم - للدائرة، سواء من تلقاء نفسها، أو بناء على طلب أحد الطرفين، وقياسا على الدعوى التأديبية والدعوى الجزائية - سلطة كاملة في أن تكلف بالحضور من ترى موجبا لسماع أقواله من الشهود، على أن تمنع الدائرة توجيه أى أسئلة لا تتعلق بموضوع الدعوى، لأن الدليل يجب أن ينصب ليس فقط على واقعة محددة ومتنازع فيها ويمكنه وإنما أيضا على واقعة متعلقة بموضوع الدعوى ومنتجة في الإثبات. ولا شك أن السؤال غير المتعلق بالدعوى يتناول أيضا مع حق من يوجه إليه السؤال في عدم الرد إلا على ما يقتضيه النزاع من معلومات، يستوى أن يتعلق الأمر بمجرد سؤال بسيط أم باستجواب.

#### د. القرائن :

لا يشير الإقرار قضائيا كان أم غير قضائى أى مشكلات نظرية أو عملية في مجال الإثبات بوجه عام فهو إن كان قضائيا - وهو المعول عليه - يكون حجة قاطعة على المقر، وهو حجة قاصرة عليه وعلى الدعوى التى صدر فيها وهو غير قابل للتجزئة<sup>(١٩)</sup>. وكذلك الشأن بالنسبة لباقي طرق الإثبات أمام القضاء الإدارى، فقد أشيعت تحليلا وتأصيلا والأمر يختلف بالنسبة للقرائن، فرغم أنها لا تلعب دورا حاسما ومؤثرا في المجال المدنى والتجارى، إلا أنها تقوم بدور حاسم ومؤثر وهام في المجالين الجنائى والإدارى.

وأيا كان الخلاف حول تعريف القرينة، فإن الأمر الثابت بالنسبة لها أنها دليل يعتمد على استنباط أمر مجهول من أمر معلوم، فإذا قام بذلك القاضي كانت القرينة قضائية وإن قام بها المنظم كانت قرينة نظامية أو قانونية، والقرينة في هذه الحالة أو تلك مجرد طريق إثبات غير مباشر بحيث إن الإثبات لا يرد في الحقيقة، على الواقعة المطلوب إثباتها، بل على واقعة أخرى متصلة بها، وبحيث إنه إذا ثبتت هذه الواقعة الأخرى، كانت في حد ذاتها دليلا على ثبوت الواقعة الأولى، وفي هذا يقول بعض الفقهاء إن القرينة تتضمن «نقلا للإثبات من واقعة إلى أخرى»<sup>(٢٠)</sup>.

وفيما يتعلق بالقرائن القانونية أو النظامية المتعلقة بالقانون الإدارى، وهى ما تعيننا الآن، فإنه يمكن القول بأن هذه اللائحة، وضعت فى مجال الإثبات القرينتين الآتيتين:

#### أولاً : قرينة القرار الإدارى الضمنى :

تنص المادة الثالثة فقرة ثانية من هذه القواعد على أن يعتبر مضى تسعين يوماً على تاريخ تقديم التظلم دون البت فيه بمثابة صدور قرار برفضه، فهذا النص وما يشبهه يعنى فى كلمة موجزة، أن هناك قراراً ضمناً قد صدر، وأن صدور هذا القرار يستنتج من مضى مدة معينة على تقديم التظلم دون أن تقوم الجهة المتظلم إليها بالبت فيه.

#### ثانياً : قرينة النشر كمظنة راجحة للعلم بالقرار الإدارى :

سبقت الإشارة، أيضاً، إلى ما قضت به الفقرة الأولى من المادة الثالثة (من القواعد المذكورة) من أن العلم بالقرار يتحقق بإبلاغ ذوى الشأن به أو بنشره فى الجريدة الرسمية إذا تعذر الإبلاغ.

ومفهوم المخالفة لهذا، أن النشر فى صحيفة يومية، مهما كانت سعة انتشارها، لا تغنى لتحقيق هذه القرينة، عن النشر فى الجريدة الرسمية (أم القرى).

أما فيما يتعلق بالقرائن المعمول بها فى مجال القانون الخاص، فإن تحويل هذه القرائن لإعمالها فى مجال القضاء الإدارى أمرهين، وفى هذا الصدد فإن لحكم الإلغاء حجية مطلقة فيما عدا بعض الاستثناءات؛ كما أن قرينة المسؤولية، أى مسؤولية الإدارة عما يقع من خطأ بعض عمالها، أمر تفرقه الشريعة الفراء، لا سيما فى مجال الخطأ فى حراسة الحيوان والأدوات الميكانيكية، وبحيث لا تتخلص الإدارة من المسؤولية إلا بإثبات أن الضرر ناتج عن سبب أجنبى لا يد لعمالها فيه، كالقوة القاهرة<sup>(٧٠)</sup>، أو عن خطأ الضرور ذاته<sup>(٧١)</sup>.

### المطلب الثالث : صياغة الحكم الإدارى

لا شك أن صياغة الأحكام، أدخلت فى باب المسائل الفنية منها فى باب المسائل النظامية أو القانونية، لذا فإننا نكتفى فى هذا الصدد بتحليل الأحكام الواردة فى نص المادة الحادية والثلاثين من هذه اللائحة.

ويمكن معالجة هذه الأحكام على النسق التالى: أولاً: أسباب الحكم. ثانياً: المسائل الأخرى

#### أولاً : أسباب الحكم

إن إعلام الحكم، فى المملكة، أو ما يعرف فى الأنظمة الأخرى بمسودة الحكم وإيداعها، أمر جوهري، فى مجال القضاء الإدارى وغيره، وأهم ما يجب أن يشتمل عليه إعلام الحكم

هو الأسباب التي بنى عليها الحكم، فالأسباب هي الحثيات المنطقية التي تشكل الدعامات الأساسية لحمل منطوق الحكم، فإذا كان الحكم يتكون من ديباجة أى بيانات أولية عن صدور الحكم باسم الله ... ثم اسم المحكمة، أى الدائرة، وأسماء أعضائها وتاريخ إصداره ومن وقائع الخصومة، والمنطوق وهو ما قرره المحكمة وانتهت إليه، إلا أن كل ذلك لا يؤدي الغرض منه، إلا إذا انبنى الحكم على أسباب مقنعة.

وكتابة الأسباب، أو استلزامها، يجعل الدائرة تفكر كثيرا، وتتروى قبل أن تصدر الحكم، لعلها أن ما تقدمه للخصوم هو البرهان المستمر على عدالة الحكم، فيقتنعون به، وأن ما تقدمه لجهات البحث والدراسة هو المبررات الصائبة التي تكفي للتثبت من عدالة الحكم. هذا إلى أن الاكتفاء بالمنطوق دون أسباب كافية لحمله يمكن أن يفتح الباب لتأويل مسلك الدائرة أو المصالحك بوجه عام تأويلا لا يتفق مع الحقيقة بل يتمشى عادة مع المصلحة الخاصة رغم إصابة الحكم الحقيقة، لذا كان التسبب عاصما من فتح باب التشكيك في العدالة القضائية.

ولا يكفى وجود حثيات، طالما كانت هذه الحثيات لا تستند إلى أدلة الإثبات التي قدمها الخصوم أو أجرتها المحكمة أو الدائرة، أو طالما كانت هذه الحثيات غير كافية، أولم تفصح بجلاء عن القاعدة النظامية التي استندت إليها، أولم تكن قد صيغت بعبارات سهلة وواضحة ومحددة ومنطوية على ردود كافية على مزاعم الخصوم، وغير متهاثرة فيما بينها، وغير متناقضة مع المنطوق، ولكن لا يعيب الحكم تزيده وإيراده أسبابا خاطئة طالما كانت باقى الأسباب كافية لحمل منطوق الحكم.

كذلك يجب أن يشتمل إعلام الحكم على بيان مستنده، مما سبقت الإشارة إليه، وعلى تحديد الدائرة التي أصدرته، وزمان ومكان صدور الحكم والدعوى الصادر فيها وبيان أنها دعوى إدارية طالما أن الأمر متعلق بدعوى من هذا القبيل. كما يجب ذكر أسماء أعضاء الدائرة الذين سمعوا المرافعة وأسماء أطراف الدعوى وصفاتهم، وكذلك موطن كل منهم، ومدى حضورهم أو غيابهم، وإن كان لهم ممثلون فيلزم ذكر أسمائهم وما قاموا بتقديمه من طلبات أو دفعات، وما عساهم أن يكونوا قد استندوا إليه من أدلة.

كما يجب أن توقع نسخة إعلام الحكم الأصلية من رئيس الدائرة ومن أعضائها في حالة تشكيلها من أكثر من عضو، أو من رئيس الدائرة الفرد إذا كانت الدائرة مشكلة منه وحده، وفي كل الأحوال يجب أن يوقع أمين سر الدائرة مع الدائرة على نسخة إعلام الحكم الأصلية، ويتم التوقيع خلال خمسة عشر يوما من صدور الحكم.



### **ثانياً : المسائل الأخرى ( حفظ نسخة الحكم وإعلام المحكوم عليه )**

فإذا صدر الحكم، ووقع، فإنه يلزم بعد ذلك اتخاذ إجراءين هامين :  
أولهما : حفظ نسخة إعلام الحكم الأصلية في ملف الدعوى، فهذه النسخة لا تسلم لأحد، بل تبقى في الملف وتتبعه أينما سار بعد ذلك، ولكن تسلم نسخة من هذا الإعلام، مختومة بخاتم الدائرة التي أصدرته، وموقعا عليها من رئيس الدائرة وحده فضلاً عن أمين سر الدائرة - لكل ذي علاقة بالدعوى.

ثانيهما : قيام الدائرة التي أصدرت الحكم، بإعلام المحكوم عليه، بعد تسليمه نسخة إعلام الحكم، بأنه يحق له، أن يطلب تدقيق الحكم، خلال مدة محددة، هي مدة ثلاثين يوماً، يبدأ احتسابها من تاريخ تسليمه نسخة إعلام الحكم، كما يتم إعلام المحكوم عليه، بأنه إذا لم يطلب تدقيق الحكم خلال المدة المشار إليها، فإن الحكم يصبح نهائياً في حقه وواجب التنفيذ. ويلاحظ في النهاية أن الإخطارات في مجال الدعوى الإدارية تضبطها نفس أحكام المادة الثالثة والأربعين من هذه القواعد، وأن الأحكام التي لم يتم تبليغها إلى أطراف الدعوى، قبل نفاذ اللائحة المتضمنة هذه القواعد، تطبق عليها القواعد الخاصة بطرق الاعتراض على الأحكام إعمالاً لنص المادة السادسة والأربعين من هذه اللائحة . -

### **المبحث الثالث**

#### **طرق الاعتراض على الأحكام**

تضمن الباب الرابع من لائحة قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم - في المواد من الرابعة والثلاثين وحتى الثانية والأربعين - الأحكام التي أوردها تحت عنوان، طرق الاعتراض على الأحكام، ونعرض فيما يلي للأحكام المتعلقة بالدعوى الإدارية، وهي : الحكم الوارد في المادة الرابعة والثلاثين القاضي بعدم نهائية أو وجوب نقلة بعض الأحكام المتعلقة بدعوى التعويض والعقود الإدارية إلا بعد تدقيقها، والمادة الخامسة والثلاثون الخاصة باعتبار باقى الأحكام الصادرة في الدعاوى الإدارية نهائية إذا توافرت شروط معينة، والمادة السادسة والثلاثون الخاصة بآثر قبول طلب التدقيق، والمادة الثامنة والثلاثون الخاصة بإعادة الدعوى إلى الدائرة التي أصدرت الحكم لبيان ما شابه من غموض أو إيهام، والمادتان التاسعة والثلاثون، والأربعون الخاصتان بإنشاء هيئة للتدقيق وأحكام العدول عن اجتهاد سابق،

ونعرض في مطلب موجزة لأحكام هذا الباب وفقاً للنصوص المشار إليها.

## **المطلب الأول : وجوب تدقيق الأحكام الصادرة على خلاف ما طلبته الإدارة في دعاوى التعويض والمقود الإدارية**

الأحكام التي تصدر في الدعاوى الإدارية، المتعلقة بطلب التعويض والموجهة من نوى الشأن إلى الحكومة أو إلى الأشخاص الذين يتمتعون بشخصية عامة مستقلة، متى كان طلب التعويض راجعا إلى أعمالها، وكذلك الدعاوى المتعلقة بالمقود الإدارية، على خلاف ما طلبته الجهة الإدارية، أو التي لا تكون في صالح الإدارة، لا تصبح أحكاما نهائية وواجبة النفاذ إلا بعد أن يتم تدقيقها.

ولهذه الغاية الواردة في المادة الخامسة والثلاثين، والغايات الواردة في المواد الأخرى، قضت المادة التاسعة والثلاثون من هذه القواعد بأن يتم، برئاسة رئيس ديوان المظالم، إنشاء هيئة للتدقيق، تشتمل على دائرة أو أكثر للتدقيق، بحيث تكون كل دائرة مؤلفة من ثلاثة أعضاء، يعينهم رئيس ديوان المظالم، ويسمى من بينهم رئيسا للدائرة، إلا إذا رأى رئيس الديوان تشكيل دائرة التدقيق من عضو واحد، فإن له ذلك، حيث يناط برئيس دائرة التدقيق إذا كان فردا، تدقيق الدعاوى اليسيرة التي يحددها رئيس ديوان المظالم.

فالدعاوى المشار إليها، متى صدر فيها حكم في غير صالح الإدارة أو على خلاف ما طلبته لا تكون نهائية، وبالتالي لا يكون من الجائز تنفيذها، إلا إذا تم تدقيقها.

وعدم جواز تنفيذ هذه الأحكام، تأسيسا على عدم نهائيتها، يحقق مصلحة عامة، تتمثل في وجوب التريث قبل تنفيذ مثل هذه الأحكام، وهو تريث لن يضر من صدر الحكم لصالحه، طالما أن إجراءات تدقيق الأحكام لا تستغرق وقتا طويلا. هذا إلى أن تنفيذ تلك الأحكام إذا أعقبه قبول الإدارة تدقيق الحكم، ونقضه مع التصدي لنظر القضية أو إعادة الحكم إلى الدائرة التي أصدرته لتفصل فيه ثانية، فإن ذلك قد يفضي إلى صدور حكم مخالف للحكم الأول، أي لصالح الإدارة، وبالتالي إعادة تنفيذ الحكم لمصلحة الإدارة، وهو ما تكتنفه لا محالة صعوبات. جملة. لا يمكن الحيلولة دونها إلا بالقول بأن تلك الأحكام لا تكون نهائية وواجبة النفاذ إلا بعد تدقيقها على ما جاء بالنص.

## **المطلب الثاني : نهائية ونفاذ الأحكام الصادرة في الدعاوى الإدارية خلاف دعاوى التعويض والمقود الإدارية المختار إليها**

مع الأخذ في الحسبان ما جاء في المادة الرابعة والثلاثين من أحكام، فإن الدعاوى الإدارية الأخرى تكون نهائية وواجبة النفاذ بشرطين أساسيين وهما:

**أولا :** أن تمضي مدة الثلاثين يوما، المنصوص عليها في الفقرة الأخيرة من المادة الحادية

والثلاثين من هذه القواعد، دون أن يطلب صاحب المصلحة تدقيق الحكم، وصاحب المصلحة هو المحكوم عليه الذى أعلمته الدائرة، بعد أن سلمته نسخة من إعلام الحكم، بأن له حق طلب تدقيق الحكم خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تسليمه نسخة إعلام الحكم، ولكنه فوت هذه المدة دون أن يطلب تدقيق الحكم.

**ثانياً :** ألا يطلب أى من أطراف الدعوى، أو وزارة المالية والاقتصاد الوطنى وديوان المراقبة العامة بالنسبة لجميع الدعاوى الإدارية، أو الديوان العام للخدمة المدنية بالنسبة للدعاوى المتعلقة بشئون الخدمة المدنية المشار إليها فى المادتين الثانية والثالثة من هذه القواعد - تدقيقها خلال الميعاد المذكور، على ما هو وارد فى المادة الخامسة والثلاثين من هذه القواعد.

- وعلى ذلك تكون الأحكام الآتية احكاماً نهائية واجبة النفاذ إذا توافر الشرطان المتقدمان:
- ١ - الأحكام الصادرة فى دعاوى التعويض والعقود الإدارية على نحو ما طلبت الإدارة أو دون أن تكون على خلاف مصلحتها، شاملة دعاوى الإلغاء، ودعاوى التعويض.
  - ٢ - الأحكام الصادرة فى دعاوى المطالبات بالحقوق الناشئة عن نظام الخدمة المدنية والتقاعد.

### **المطلب الثالث : أثر قبول طلب التدقيق**

قبول طلب التدقيق يستتبع إما قيام دائرة التدقيق بتأييد الحكم فيما قضى به، وإما نقض ذلك الحكم.

فإذا نقضت دائرة التدقيق الحكم كان لها الخيار فى أحد أمرين:

- أولهما :** أن تعيد الحكم إلى الدائرة التى أصدرته لكى تصدر فى موضوعه حكماً جديداً.
- ثانيهما :** أن تتصدى لنظر القضية.

فإذا أعادت دائرة التدقيق الحكم إلى الدائرة التى أصدرته، فمن المحتمل أن تصر تلك الدائرة على رأيها الأول، وهذا يعنى أنه لم يعد بد من قيام دائرة التدقيق بالتصدى لنظر تلك القضية، وذلك ما إذا لم تقتنع بوجهة النظر التى تبديها الدائرة التى أصدرت الحكم.

أما إن تصدت دائرة التدقيق لنظر القضية، سواء ابتداءً أو لعدم اقتناعها بوجهة نظر الدائرة التى أصرت على حكمها، فإن دائرة التدقيق تكتسب طابع دائرة الحكم من حيث

صلاحياتها، بحيث لا تفصل في القضية إلا بعد أن تسمع أقوال الخصوم، ويجوز لها فضلا عن ذلك أن تجرى ما ترى لزومه سواء من حيث القيام بالمعينة أو الاستعانة بالخبرة. فإذا ما أصدرت دائرة التدقيق، بعد ذلك حكما في القضية، فإن هذا الحكم أيا كان قضاؤه، يكون نهائيا وواجب النفاذ.

وتجدر في النهاية ملاحظة أنه إذا رفع محكوم عليه طلب تدقيق، ولم يطلب الطرف الآخر تدقيق الحكم، فإن الدائرة التي تنظره لا يجوز لها أن تصدر قرارًا ضارًا به، فهي إما أن تؤيد الحكم وإما أن تعدله لمصلحته فقط.

### المطلب الرابع : قواعد العدول عن اجتهاد سابق

وفقا لأحكام المادة الأربعين من هذه القواعد، فإن دائرة التدقيق ليست مطلقة السلطة في العدول عن اجتهاد سبق أن أخذت به، أو سبق لدائرة أخرى أن أخذت به، أو سبق لهيئة التدقيق أن أقرته، بل يجب عليها، في هذه الأحوال، أن تتوقف عن نظر القضية المعروضة عليها، وأن ترفع الموضوع إلى رئيس ديوان المظالم، ليتولى إحالته إلى هيئة التدقيق مجتمعة برئاسة رئيس الديوان مع ثلاثة من رؤساء الدوائر، يقوم باختيارهم، حيث تصدر الدائرة المشتركة قرارها، ليس بالإجماع، وإنما بأغلبية ثلثي الأعضاء.

وتثور فكرة إمكانية العدول عن اجتهاد سابق في حالات كثيرة ويمكن ضرب أمثلة عملية لها فيما يلي:

#### ١ - مدى إعمال قواعد ترك الخصومة :

من حق المدعى - بحسب القواعد العامة - أن يتنازل عن الخصومة مع الاحتفاظ بأصل الحق، وفي هذا الصدد فإنه من المسلم به في الفقه والقضاء الفرنسي أن المنازعة الإدارية ولو كانت طعنا بالإلغاء قد تنتهي بالترك، وينتج الترك أثره.....<sup>(٧٧)</sup> ولكن التنازل ينصرف إلى عريضة الدعوى دون حق التقاضي بدعوى الإلغاء ذاته لتعلقه بالنظام العام، فإذا سلمت الإدارة قبيل الترك بطلبات المدعى فتنازل المدعى عن الخصومة، فقضت الدائرة باعتبار الدعوى منتهية، ثم عادت الإدارة ونازعت في حق المدعى وتكرر الأمر، فإنه من الممكن أن تتصور في هذا الصدد فكرة العدول عن المبدأ المسلم المتعلق بالترك، إذ يكون للدائرة مثلا أن تبحث عن مبدأ يحظر الترك للمرة الثانية إذا كان من شأن ذلك احتمال تكرار النزاع رغم تسليم المدعى عليه بحق المدعى، وعندئذ يلزم الموافقة على هذا بأغلبية ثلثي أعضاء هيئة التدقيق بتشكيل المشار إليه.

## ٢ - العدول عن مبدأ يتعلق بمدى الإلغاء :

الأصل أن أحكام الإلغاء تحوز حجية مطلقة لا نسبية، فيحتاج به في مواجهة الكافة، استثناء من فكرة أن كافة الدعاوى الإدارية لا تتمتع إلا بحجية نسبية تقتصر على أطراف النزاع وحدهم<sup>(٧٣)</sup>، لأن دعوى الإلغاء ذات طبيعة عينية، وهذه الحجية تتعلق بالنظام العام، فلو كان الإلغاء جزئياً، فإنه يتمتع بذات الحجية المطلقة، فإذا أرادت دائرة إعمال فكرة الإلغاء النسبي ANNULATION RELATIVE أى الخاص بشخص معين بذاته، من أجل القول بأن هذا الحكم «لا يكون حجة مانعة للغير من المطالبة بإلغاء ذات القرار لعيب أخرى خاصة به»<sup>(٧٤)</sup>، كما قالت بذلك مثلاً محكمة القضاء الإدارى المصرية، فإنه يلزم في هذه الحالة أيضاً موافقة ثلثي أعضاء هيئة التدقيق بالتشكيل السابق، لا سيما وأن مبدأ كهذا يثير جدلاً كبيراً في هذا الصدد<sup>(٧٥)</sup>.

## ٣ - مدى عدم إعمال القرائن فى الأنبيات واستلزام اعتراف الإدارة وهذه بالنسبة

### لعيب إساءة استعمال السلطة :

ليس في هذه القواعد ما يلزم الدائرة بأن تبني حكمها على اعتراف الإدارة وحده، فيما لو تعلق الأمر مثلاً بعيب إساءة استعمال السلطة، وهو العيب الذى استقر الفقه وقضاء مجلس الدولة الفرنسى بشأنه على أن يكون عيب إثباته «عن طريق اعتراف الإدارة أو من ملف الخدمة والأوراق والظروف المحيطة بصدور القرار الإدارى»<sup>(٧٦)</sup>، ولكن إذا كانت هناك اعتبارات معينة تستلزم العدول عن مثل هذا المبدأ و استلزام الاعتراف، فلا بد من موافقة ثلثي أعضاء هيئة التدقيق بالتشكيل المشار إليه.

## ٤ - حالة العدول عن مبدأ عدم جواز تصحيح عيب عدم الاختصاص :

هذه بدورها حالة هامة أثارت جدلاً على الصعيد القضائى الإدارى في دول أخرى، وهى أن القاعدة أنه لا يجوز تصحيح عيب عدم الاختصاص، فالقرار الباطل بسبب هذا العيب «لا يصحح فيما بعد من صاحب الشأن فيه، بل يجب أن يصدر منه قراراً إنشائياً بمقتضى سلطته المخولة له»<sup>(٧٧)</sup>، فإذا صدر قانون أو نظام يمنع مصدر القرار الإدارى المشوب بعيب عدم الاختصاص، اختصاصاً بإصداره، أو قد يقوم صاحب الشأن بإجازة ذلك القرار دون إصدار قرار جديد، فعندئذ لا يجوز العدول عن مبدأ عدم جواز تصحيح عيب عدم الاختصاص، استناداً إلى ذلك النظام أو الإجازة إلا بموافقة ثلثي أعضاء هيئة التدقيق وهكذا.

## الهوامش

- (١) انظر نص الفقرة الأولى من المادة الأولى من هذه القواعد.
- (٢) انظر رغم ذلك في تعريف الدعوى بأنها المطالبة القضائية.
- (٣) د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية ١٩٨٠ ص ٦٠ - ٦١ في عرض ونقد هذا الرأي.
- (٤) المادة ١٦١٣ من مجلة الأحكام العدلية.
- (٥) الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ط ١ بيروت، دار المعرفة للطباعة والنشر ١٣١٥ هـ ج ٤ ص ٦٩١.
- (٦) ومع ذلك انظر من يعتبرون الدعوى سلطة قانونية - د. أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية ط ١٢ سنة ١٩٧٧ م منشأة المعارف ص ٩٨ - ١٠١.
- 7 - GAR, CONET ET CIZAR-BRU, TRAITE THEORIQUE ET PRATIQUE DE PROCEDURE CIVILE ET COMMERCIALE 3ME ED., PARIS SIREY 1912/1913 (VOL 1) p. 520.
- 8 - V. VINCENT, PRO CEDURE CIVILE 18ME ED., PARIS, DALLOZ 1978 No 13 p. 12.
- (٩) د. فتحي والي، السابق ص ٥٨.
- (١٠) انظر الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، بيروت، دار الكتاب العربي ١٩٨٢ م ج ٦ ص ٢٢٢.
- (١١) د. محمود محمد هاشم، إجراءات التقاضي والتنفيذ ج ١ جامعة الملك سعود، ١٤٠٩ هـ ص ٢٠.
- (١٢) انظر في اختصاصات رئيس ديوان المظالم، د. أحمد كمال الدين موسى، ديوان المظالم بين الحاضر والمستقبل، مجلة الإدارة العامة، العدد ٢٤ شوال ١٤٠٢ هـ/يناير/أغسطس ١٩٨٢ م ص ٤٦، ٤٥.
- (١٣) الكاساني، السابق ج ٦ ص ٢٢٢.
- (١٤) نص المادة ١٦١٩ من مجلة الأحكام العدلية على أنه يجب أن يكون المدعي به معلوما بينما تشترط المادة ١٦٢٩ أن يكون المدعي به متمم الشئ.
- 15 - V. LAFERIERE, TRAITE DE JURIDICTION ADMINISTRATIVE ET DE RECOURS CONTENTIEUX 2ME ED., 1898 pp. 12 ET SS.
- (١٦) د. سعد الشرقاوي، المسؤولية الإدارية ١٩٧٢ م (دار المعارف) ط ٢، ص ٨ وما بعدها.
- (١٧) انظر في عرض التقسيم وتقسيمات أخرى د. عبد الغني بسيوني عبدالله، قضاء الإلغاء، منشأة المعارف ١٩٨٣ م ص ٩ - ١١.
- (١٨) انظر د. سليمان الطماوي، القضاء الإداري ط ٢ ص ٢٠٥. ود. عبدالله ابن سعد القرزبان ديوان المظالم في ظل نظامه الجديد، مجلة الإدارة العامة ج ٣٥ ص ١٢٩.
- DE LAUBADERE (ANDRÉ), DROIT ADMINISTRATIF (C.A) COURS DOCTORAT DR. PUB. LE CAIRE 1971 (DACT.).
- (على الآلة النسخة)، د. طعيمة الجرف، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الإدارة العامة للقانون، القاهرة ١٩٧٦ م، ص ٩٤ وما بعدها، د. عبد الغني بسيوني عبدالله، ولاية القضاء الإداري على أعمال الإدارة، قضاء الإلغاء، منشأة المعارف ١٩٨٢ م ص ١٦ وما بعدها، د. سعد الشرقاوي، المسؤولية الإدارية، ط ٢، ص ٦. د. محمد محمد بدران، رقعة القضاء على أعمال الإدارة، الكتاب الأول، مبدأ المشروعية ... سنة

- ١٩٨٥م، ص ٦٢. وانظر في مجموعة أحكام قضائية متكاملة في دعى الإلغاء موسوعة المبادئ القانونية في المنظمات الإدارية، المكتب الأول، إجراءات الدعوى الإدارية للمستشار حمدي ياسين عكاشة، القاهرة ١٩٨٢م وبخاصة ص ٢٣١ وما بعدها، د. خميس السيد إسماعيل، قضاء مجلس الدولة وإجراءات وصيغ الدعاوى الإدارية ط ٢، سنة ١٩٨٨م، ص ٤٦ وما بعدها.
- (١٩) د. محمد محمد بدران، المرجع السابق، ص ٦٢.
- (٢٠) انظر حكم محكمة للقضاء الإداري المصرية في ١٢٧/١/١٩٥٧م في القضية رقم ١٨٦٧ لسنة ٨ القضائية، مجموعة أحكام لسنة ١١، ص ١٧٧.
- (٢١) د. عبدالغنى بسيوني عبدالله، المرجع السابق، ص ١٩٤.
- (٢٢) انظر د. محمود إبراهيم الوالى، نظرية التفويض الإداري ط ١، سنة ١٩٧٩م، ص ٢٥٢ وما بعدها، د. عبدالفتاح حسن، قضاء الإلغاء ١٩٧٨م، ص ٢٦٨.
- (٢٣) انظر حكم محكمة القضاء الإداري في مصر بجلسة ١٧/٢١/١٩٥٣م في القضية ١٤٢٢ لسنة ٥ مجموعة أحكام السنة الثامنة ص ٢٩٣، وانظر د. خميس السيد إسماعيل، المرجع السابق ص ٦٦ وما بعدها.
- (٢٤) انظر الأحكام القضائية الفرنسية والمصرية التي أثار إليها د. عبدالغنى بسيوني عبدالله، المرجع السابق ص ٢٠١، ٢٠٤، ٢٠٥.
- (٢٥) د. عبدالله بن سعد الفوزان، المقال السابق ص ١٣٠.
- (٢٦) د. سليمان الطماوى، النظرية العامة للقرارات الإدارية ط ٢، (١٩٦٦م)، ص ٢٤٣.
- (٢٧) د. سليمان الطماوى، السابق، ص ٢٤٤ وانظر د. محمد محمد بدران، المرجع السابق ص ٨٩ وما بعدها.
- (٢٨) انظر د. عبدالغنى بسيوني عبدالله، المرجع السابق ص ٢٢١.
- (٢٩) د. سليمان الطماوى، السابق ص ٢٧٨.
- (٣٠) د. عبدالله بن سعد الفوزان، المقال السابق ص ١٣٠.
- (٣١) د. محمد شتا أبو سعد، أصول النظام القضائي في المملكة العربية السعودية، القاهرة ١٩٨٢م، ص ٢٠ وما بعدها.
- (٣٢) د. سليمان الطماوى، المرجع السابق، من ص ٢٢٨ حتى ص ٣٣٤ ود. عبدالغنى بسيوني عبدالله، المرجع السابق من ص ٢٤٦ حتى ص ٢٥١.
- (٣٣) د. عبدالله بن سعد الفوزان، المقال السابق، ص ١٣٠.
- (٣٤) د. محمد محمد بدران، المرجع السابق، ص ٩٤.
- 35 - GEZE, ESSAI D'UNE THEORIE GENERALE SUR L'INFLUENCE DES MOTIFS DETERMINANTS SUR LA VALIANTE DES ACTES JURIDIQUES EN DROIT PUBLIC FRAN CAIS R.D.P. 1922 pp. 377 et ss.
- وانظر كذلك د. سليمان الطماوى، السابق ص ٣٣٤.
- (٣٦) د. سليمان الطماوى، السابق ص ٣٣٦ - ٣٤٤.
- (٣٧) د. عبدالله بن سعد الفوزان، المقال السابق ص ١٢١.
- (٣٨) د. محمد محمد بدران، المرجع السابق ص ٩٦/٩٥.
- (٣٩) د. عبدالله بن سعد الفوزان، المرجع السابق ص ١٢٢.
- (٤٠) انظر د. خميس السيد إسماعيل، قضاء مجلس الدولة .. السابق ١٩٨٨م، ص ٩٧.
- (٤١) د. عبدالله بن سعد الفوزان، المقال السابق، ١٢٤ وانظر د. أحمد كمال الدين موسى ديوان النظام بين الحاضر والمستقبل، المقال السابق ص ٥٤.

- (٤٢) د. عبد الغنى بسيونى عبدالله، السابق، ص ١٨.
- (٤٣) انظر حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر ٢٩ يونيو ١٩٦٢م القضية ٤٩٨ لسنة ٤ ق، وانظر د. محسن خليل، القضاء الإدارى ورقابته لأعمال الإدارة، ط ٢ سنة ١٩٦٨م، ص ٢٩٦ وما بعدها.
- (٤٤) د. عبدالله بن سعد الفوزان، المقال السابق، ص ١٣٥.
- (٤٥) انظر د. عبد الغنى بسيونى عبدالله، السابق، ص ١٠١.
- (٤٦) لكن انظر د. خميس السيد اسماعيل، السابق ص ١٠٠ وما بعدها بشأن عدم اللامعة وليس عدم المشروعية.
- (٤٧) د. عبدالله بن سعد الفوزان، السابق ص ١٢٨.
- (٤٨) في ١٩٦٦/١٢/٢٠م بالقضية ٥٧٦ س ١١ مجموعة المبادئ .. في خمسة عشر علماً ص ٩٩.
- (٤٩) د. إبراهيم طه الفياض، العقود الإدارية ط ١ الكويت، ١٩٨١م ص ٤٠.
- (٥٠) انظر المادة ١٤ من قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم.
- (٥١) انظر المادة ١٥ من قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم.
- (٥٢) انظر د. محمد شتا أبر سعد، الدعوى والدعوى الخاصة (في السودان) ١٤٠٥هـ مطبعة جامعة القاهرة، ص ٢٦ وما بعدها، وانظر في الفقه الأنجلوسكسوني:
- ODDERS : ON PLEADINGS AND PRACTICE (19 TH ED.) BY GILES FRANCIS HARWOOD, LONDON 1983 p. 80; AGARAWALA\* S'PLEADING AND PRECEDENTS IN INDIA 2ND ED., p. 395.
- (٥٣) يقول ابن جزىء: يجبكم للحاضر إذا سأل الحكم على الغائب خلافاً لأبى حنيفة وأبى الماجشون، انظر له: القوانين الفقهية، مطبعة تونس ١٩٦٦م ص ٢٨٧.
- (٥٤) انظر مؤلفنا السابق ص ٢٥٨ وما بعدها؛ وانظر من الفقه الهندي والأنجلوسكسوني :
- MULLA (SIR DANISH FAROUJ) THE CODE OF CIVIL PROCEDURES 9TH ED., CALCUTTA 1954 (VOL.2.) P. 315.
- (٥٥) البهوتى (منصور بن يونس بن إدريس) شرح منتهى الإرادات، بيروت عالم الكتب، بدون تاريخ، ج ٣، ص ٤٥٩، وانظر المادة ٢٠٠٩ من مجلة الأحكام العدلية.
- (٥٦) ابن سليمان (عبدالله بن الشيخ محمد)، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر، القاهرة، دار إحياء التراث العربى ١٢١٧هـ ج ٢ ص ١٠٥.
- (٥٧) الصنماتى (محمد بن إسماعيل الأمير اليمنى) سبل السلام شرح بلوغ المرام في جمع أدلة الأحكام، القاهرة، مكتبة علف بدون تاريخ، ج ٣ ص ١٤٥.
- (٥٨) انظر في فكرة اعتماد القضاء الإدارى كناية على المرافعات المكتوبة د. سليمان الطماوى، القضاء الإدارى الكتاب الأول، قضاء الإلغاء، ١٩٦٧م، دوا الفكر العربى ص ٩٨٤.
- (٥٩) د. فتحي وال، الوسيط في قانون القضاء المدني، المرجع السابق بند ٢٢٨ ص ٦٧٤ وانظر في حكمة سرية الجلسات . GABOLDE (CH) LA PROCEDURE DES TRIBUNAUX ADMINISTRATIFS, 1981 No 828 p. 380.
- (٦٠) انظر د. رمزي سيف، قانون المرافعات المدنية والتجارية وفقاً للقانون الكويتي، من مطبوعات جامعة الكويت ١٩٧٤م ص ٢٨٧ وانظر المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون المرافعات المصري العام ١٩٤٩م.
- (٦١) انظر العشماوى (محمد وعبد الوهاب) قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن، القاهرة ١٩٥٧ ج ٢ بند ٩٨٤ ص ٥٧٠.
- (٦٢) نقض مصرى ١٩٧٢/٢/٢٧م ص ٢٤ ق ص ٢٧٧؛ وانظر كريستيان جابلود في المرجع السابق بند ٨٥٩ ص ٤٠٤ حيث يستلزم كناية الأساليب.
- LA MOTIVATION DOIT ETRE SUFFISANTE .



- (٦٣) النوازي (عبد الخالق)، العلاقات الدولية والنظم القضائية في الشريعة الإسلامية، دار الكتاب العربي ١٣٩٤هـ من ٢١٧.
- (٦٤) النوازي (أدم وييب) دور المحاكم المدني في الإثبات، دراسة مقارنة، بغداد ١٩٧٦م من ٤٥٥ وانظر حكم مجلس الدولة الفرنسي الذي أشار إليه كريستيان جابولود في مؤلفه السابق بند ٦٥٦ من ٣١٢ والذي يؤكد أن هذا الإجراء اختياري لسلسا.
- (٦٥) الديهي (أحمد عبد المنعم) : من طرق الإثبات في الشريعة والفنون، القاهرة دار الفكر العربي، ١٩٦٥ من ١٢٥ وما بعدها.
- (٦٦) انظر حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في ٢١ مارس ١٩٥٧م لورد د. خميس السيد إسماعيل في مؤلفه السابق ص ٢٥٤: وانظر كريستيان جابولود، المرجع السابق بند ٦٥٥ من ٣١٢ وما بعدها.
- (٦٧) د. محمد شتا أيرسعد، محاضرات في التنظيم القضائي ونظام القضاء في الإسلام لطلاب مجلسهم للقانون بجامعة أم درمان الإسلامية، على الأثر التاسعة ١٩٨٤م من ٢١٠.
- (٦٨) انظر د. عبد المنعم فراج الصدة، الإثبات في المواد المدنية، القاهرة ١٩٥٥ (الطبعة) من ٣٩٦ - ٤٠٠.
- (٦٩) انظر د. رمزي سيف، المرجع السابق، بند ٢٨٩، ص ٣٦٤.
- (٧٠) د. محمد شتا أيرسعد، مفهوم القوة القاهرة، مصر للعاصرة ١٩٨٧م، عدد أكتوبر ص ٢٤٠.
- (٧١) د. محمد شتا أيرسعد، خطأ القصور، مصر للعاصرة ١٩٨٣م، عدد أكتوبر ص ٣٢٠.
- (٧٢) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في ١٩٦٩/١/٢٠م في القضية رقم ١١٨٤ من ٩ في مجموعة المبادئ من ١٤ قاعدة ٢٧ من ٢٨١.
- (٧٣) د. عبد المنعم جبة، آثار حكم الإفلاس رسالة للقاهرة ١٩٧٠م من ٥٤ وما بعدها.
- (٧٤) حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في ١٩٥٥/٢/١٧م في القضية ١٧٠ من ٦، مجموعة أحكام المحكمة من ٩ من ٢٧٢.
- (٧٥) انظر مثلا د. مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة ط ٢ منشأة المعارف ١٩٦٦م، ص ٧٧٥.
- (٧٦) حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في ١٩٥٦/٢/٤م في القضية ١٥٠ من ٨ في مجموعة أحكام المحكمة من ١٠ من ٢٢٢.
- (٧٧) حكم محكمة القضاء الإداري في ١٩٥٢/١٢/٢١م في القضية ١٤٢٢ من ٥، مجموعة أحكام المحكمة من ٨ من ٢٩٣.

## تبت بأهم مراجع البحث

### أولا : أهم المراجع العربية

#### ١- الكتب

(١) كتب في الشريعة الإسلامية والدراسات المقارنة :

##### (١) فقه حنبلي

١ - اليهودي : (منصور بن يونس بن إدريس) شرح منتهى الإرادات، بيروت، عالم الكتب، بدون تاريخ ج ٢

##### (٢) فقه مالكي

١ - ابن جزى - الفوائن الفقهية طبعة تونس ١٩٢٦.

##### (٣) فقه حنفي

١ - ابن سليمان (عبدالله بن الشيع محمد) مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر، القاهرة، دار إحياء التراث العربي ١٣١٧هـ - ج ٢

٢ - الزيلعي : تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ط ١ بيروت، دار المعرفة للطباعة والنشر ١٣١٥هـ.

٣ - الكاساني : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، بيروت، دار الكتاب العربي ١٩٨٢م.

##### (٤) دراسات إسلامية معاصرة

١ - أبو سعد (د. محمد شتا) : أصول النظام القضائي في المملكة العربية السعودية، القاهرة ١٩٨٢م.

٢ - البهي (د. أحمد عبد المنعم) : من طرق الإثبات في الشريعة والقانون، القاهرة، دار الفكر العربي ١٩٦٥م.

٣ - النذاري (آدم وهيب) : دور الحكم في الإثبات المدني، دراسة مقارنة، بغداد ١٩٦٦م.

### (ب) كتب قانونية :

#### (١) مراغلات مدنية وتجارية

١ - هاشم (د. محمود محمد) : إجراءات التقاضي والتنفيذ، ج ١ جامعة الملك سعود ١٤٠٩هـ.

٢ - والي (د. فتحي) الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية ١٩٨٠م.

٣ - أبو الوفا (د. أحمد) : المراغلات المدنية ط ١٢ سنة ١٩٧٧.

### (٢) قانون إدارى

- ١ - الفياض (د. إبراهيم طه) المقود الإدارية ط ١ - الكويت ١٩٨١م.
- ٢ - الشرقاوى (د. سعاد) المسئولية الإدارية دار المعارف ١٩٧٢ (ط٢).
- ٣ - الطماوى (د. سليمان) النظرية العامة للقرارات الإدارية ١٩٦٦هـ (ط٢).
- ٤ - الوالى (د. محمود إبراهيم) نظرية التفويض الإدارى ١٩٧٩م (ط١).

### (٣) قضاء إدارى

- ١ - إسماعيل (د. خميس السيد) : قضاء مجلس الدولة وإجراءات وصيغ للدعوى الإدارية ١٩٨٨م (ط٢).
- ٢ - الجرف (د. طعيمة) : مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون، القاهرة ١٩٧٦م.
- ٣ - الطماوى (د. سليمان) : القضاء الإدارى ط٢.
- ٤ - بدران (د. محمد محمد) رقابة على أعمال الإدارة، الكتاب الأول، مبدأ المشروعية، القاهرة ١٩٨٥م.
- ٥ - خليل (د. محسن) : القضاء الإدارى ورقابته لأعمال الإدارة، القاهرة ١٩٦٨ (ط٢).
- ٦ - حسن (د. عبدالفتاح) : قضاء الإلغاء ١٩٨٧م.
- ٧ - عبدالله (د. عبد الغنى بسيونى) ولاية القضاء الإدارى على أعمال الإدارة، قضاء الإلغاء، منشأة المعارف بمصر ١٩٨٣م.
- ٨ - والى (د. فتحى) الوسيط فى قانون القضاء المدنى، دار النهضة العربية ١٩٨٠م.

### ٢ = أهم المجلات ومجموعات الأحكام والذكرات الإيضاحية.

- ١ - أبو سعد (د. محمد شتا) ١ - مفهوم القوة القاهرة، مجلة مصر المعاصرة أكتوبر ١٩٨٢م.
- ٢ - خطأ المصروع، مجلة مصر المعاصرة أكتوبر ١٩٨٢م.
- ٣ - الفوزان (د. عبدالله بن سعد) ديوان المظالم فى ظل نظامه الجديد، مجلة الإدارة العامة ع ٣٥.
- ٤ - موسى (د. أحمد كمال الدين) ديوان المظالم بين الحاضر والمستقبل، مجلة الإدارة العامة ع ٢٤ شوال ١٤٠٢هـ - يوليو أغسطس ١٩٨٢م.
- ٥ - مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية للمشار إليها.
- ٦ - مجموعات أحكام القضاء الإدارى، المشار إليها فى السنوات: الثامنة والعاشرة والحادية عشرة. ومجموعات المبادئ للمحكمة الإدارية المشار إليها.
- ٧ - الذكرى الإيضاحية لمشروع قانون الرافعات المدنية المصرى لعام ١٩٤٩م.

**تأديا : أهم المراجع المشار إليها باللغتين الإنجليزية والفرنسية.**

- 1 - AGARAWALA'S PLEADING AND PRECEDENTS IN INDIA, 2 ND ED.,.
- 2 - CHRISTIAN GABOLDE, LA PROCEDURE DES TRIBUNAUX ADMINISTRATIFS, DALLAS, 1961.
- 3 - DELAUBADERE (ANDRE) -1- TRAITE THEORIQUE ET PRATIQUE DES CONTRATS ADMINISTRATIFS TOME 2 PARIS 1956; -2- DROIT ADMINISTRATIVE (C.A) COURS DOCTORAT DR. P. LE CAIRE 1971
- 4 - GARCONET ET CIZAR-BRU, TRAITE THEORIQUE ET PRATIQUE DE PROCEDURE CIVILE ET COMMERCIALES 3ME ED., PARIS SIREY 1912/1913.
- 5 - GEZE : ESSAI D'UNE THEORIE GENERALE SUR L'INFLUENCE DES MOTIFS DETERMINANTS SUR LA VALIDITE DES ACTES JURIDIQUES EN DROIT PUBLIC FRANCAIS R.D.P. 1922.
- 6 - LA COSTE (M.L) PRECIS ELEMENTAIRE DE PROCEDURE CIVIL, PARIS, SIREY 1949.
- 7 - LA FERRIERE (F) TRAITE DE JURIDICTION ADMINISTRATIVE ET DE RECOURS CONTENTIEUX 2 ME ED., (1896).
- 8 - MULLA (SIR DANISH FARDUNJI) THE CODE OF CIVIL PROCEDURES 9TH ED., CALCUTTA 1954 Vol. 2.
- 9 - ODGERS : ON PLEADINGS AND PRACTICE (19TH ED.) BY GILES FRANCIS HARWOOD, LONDON 1911.
- 10 - VINCENT, PROCEDURE CIVIL 18ME ED., PARIS, DALLOZ 1978.

# مجلة



العدد ١١

العدد ٤٢

ربيع الثاني  
هــادي الأولي  
هــادي الآخرة  
١٤٠٤ هــ

في هذا العدد

- \* أمراض الصحة الإسلامية
- \* نحو تجديد الفكر العربي
- \* نحو فهم نظام البنوك الإسلامية
- \* العشور الإسلامية في ضوء الضرائب المعاصرة
- \* التطور الدلالي في لغة الفقهاء
- \* منع الحمل وحكمه في الإسلام
- \* عقوبة الرافعي
- \* دليل الباحث في الاقتصاد الإسلامي

الهيئة العامة للشباب الإسلامي  
الإمانة العامة

رسم: نوارذ  
توزيع: ١٤٠٤ هــ





## دراسة في كتاب المسئولية الإعلامية في الإسلام

تأليف: الدكتور/ محمد سيد محمد

الدكتور/ محمد شتا أبو سعد

الأستاذ بجامعة أم درمان الإسلامية

محمد ، محمد سيد . المسئولية الإعلامية في الإسلام . القاهرة : مكتبة الخانجي ، الرياض : دار  
الرفاعي ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م ، ٤٠٠ ص ، ٢٤ سم .

السمات : تقنين استعمال الأطار اللغوي  
ليكون منطق الدلالة على المفهوم الفكري ،  
دون مجازات لفظية ، أو محسنات لغوية ،  
واستعراض الأفكار على أساس ترابط السياق  
في المعنى ، حتى . تتأكد الفكرة المحورية  
للكتاب ، ذلك أن هذا الكتاب ينطلق من  
أفقه إلى يائه بأبعاد فكرة المسئولية الاعلامية  
في الإسلام ، ومعنى ذلك أنه ليس مجرد  
حشد لمعلومات نافعة لكل ذي فكر ، ولا  
لكان مجرد انطباعات قبه ، أكثر منه محالة  
ذكية لبناء نظرية في المسئولية الاعلامية في  
الإسلام ، ومن هنا كان التميز الجوهري لهذا  
الكتاب عن أي كتاب آخر يمكن أن يتطرق  
لفكرة المسئولية الاعلامية في الإسلام .

الدعوة الإسلامية في حاجة إلى دراسات  
محايدة ، من المنظور الذي توجّه إليه  
الدعوة . ويكون الحيد العلمي أكثر  
ضرورة ، عندما تتحول لغة الدعوة ، من لغة  
عربية إلى لغة أخرى يترجم عنها ، لأنها لا  
تعتمد على اطوارها المحلي بل . تشع بوشاحها  
المنطقي الذي يواكب الفكر العالمي  
المعاصر .

والكتاب الذي أحاول تقديم دراسة لأهم  
أفكاره هو كتاب من هذا النمط العالمي من  
أنماط التفكير ، لأنه يتم بسمات جوهريه  
هيأته ليال هذه المكانة التي ينتج منها شرف  
التمثل العالمي للفكر الإسلامي ، وأهم هذه

الكتاب ، تلك الحقائق التي استطاع المؤلف أن يضع يده عليها والتي تتمثل في الآتي :

أولاً : لفت نظر المستشرقين إلى ضرورة تفهم الحقائق التاريخية قبل التعرض بالنقد للإسلام ، ولبنياته المتين ، وللعرب وذلك بالتجرد في الحكم وعدم إطلاق الأحكام الانفعالية التي تغض من قيمة المستشرق ، وتنم عن عدم موضوعيته بل وعن تصغه في بعض الأحيان . ومن هذا المنطلق فلا يجب تصنيف الإسلام في القوالب التي عرفها الفكر الأوروبي ، وتوقع حوطاً ، ودفعه تقوقعه إلى نرجسية علمية لا ترى غير رؤية الغرب ، ولذا فإن المؤلف يضع يده للمستشرقين على حقيقة الدين ، كمقيدة وشريعة ، وكدين ودولة ، وكفكر وعمل . وفي نطاق ذلك فإن الإدراك والشعور بلمعان دوراً جوهرياً كبيراً في الاعتناء إلى الناموس الديني ، وما يقتضيه ذلك من طاعة بالإرادة ، وتحمل التبعة عن عينة وادراك .

ثانياً : الربط المخطفي بين وظائف الإعلام ومقومات الإسلام : ولأنك إن ادراك تطور وظائف الإعلام يجبل الإعلام الإسلامي حقيقة مؤكدة ، إذا تم الربط بينه وبين أساسيات مقومات الإسلام ، ووظائف الإعلام كتيبة وخطية ، ومنها الوظيفة الاحتياطية التي تجعل الحمر أساس المعرفة ، والوظيفة التنموية التي تجعل البعد الاجتماعي بعداً شاملاً في حركة المجتمع ، والوظيفة التربوية التي تنم فكرة المفهوم الشامل للتربية

كذلك فإن هذا الكتاب كان درجة أعلى من كل الدرجات التي وصلت إليها جهود مخلص ، وضحت الإعلام في الإسلام نصب أعينها ، بسبب المنهجية التي صاغت منهجيه الذي وصل بهذاك علمي إلى فصله الأول عن مامية الإعلام الإسلامي ، وربطت ذلك الفصل بالفصل الثاني المتعلق بوسائل الإعلام في عصر النبوة ، وإذا كان العرب أمة شاعرة ، وكان للإسلام موقف من الشر ، فكان السياق المنهجي المخطفي أن يقود ذلك إلى فصل ثالث عن الدور الاعلامي للشر في عصر النبوة . وإذا كان عنف التيار المعاكس هو الذي يمكن أن يبين مدى قوة الفكرة المحورية للمسؤولية الاعلامية في الإسلام ، فكان من البديهي أن يتعرض الكاتب في الفصل الرابع لأبعاد الحرب النفسية في عصر النبوة ، حتى إذا ما حقق الإعلام في الإسلام غايته ، كان مقتضى ذلك ولازمه أن يتعرض المؤلف لفلسفة الإعلام في الإسلام ، وقد كان ذلك هو موضوع الفصل الخامس . ولما كان اتضح فلسفة الإعلام في الإسلام ييسر البحث عن الآفاق الدولية للإعلام الإسلامي ، فقد اهتم المؤلف في الفصل السادس بدراسة المجال الدولي للإعلام الإسلامي ، وخصم مؤلفه بمشاق شرف إسلامي للإعلام .

هكذا كان الترابط المحكم للمادة العلمية التي وردت في كل فصل ، ولنا غايل القاء الضوء على أهم الحقائق الكبرى في هذا



نشأة الاعلام في الإسلام ، كانت نشأة مقصودة ، كاطار عام ، لمجموعة القيم الكبرى ، التي أراد الإسلام لرساها في روية لا تعرف الانفعال ، وأتية لا تعرف التمعج أو الإفسار ، ومن هنا ، كان المسجد وعاء الاعلام الأول الذي تبلورت فيه الحظية والندوة والمحاضرة ، واختمرت فيه فكرة ارسال المندوب الاعلامي ، وتخفضت عنه فكرة المناظرة والحلور ، فانبتت منه مسية الدعوى بعد أن تمرس فيه أكتها الاعلاميين وأكلهم ثباتاً على العقيدة ومنهم من استشهد ، ومنهم من قابل الملوك وأنفهم أبعاد الرسائل ، حتى إذا ما حانت لحظة الدواع ، والتحاق المصطفى ﷺ بالرفيق الأعلى كانت خطبة الدواع دستوراً اعلامياً ، وعقائدياً ، يندو مثيله في تاريخ حضارات الأديان .

رابعاً : تقنين الدور الاعلامي للشعر في عصر النبوة :

المرب أمة عبقرة تجيد قرض الشعر ، وكان النبرغ فيه يعني التفرد والعظمة في فن يبيء لصاحبه أن يكون محلة اذاعة ، ودأراً صحفية ، ومؤسسة للعلاقات العامة ، ودأراً للنشر في نفس الوقت ، وكان شاعر القبيلة هو عخلد مآثرها ، والمدافع عنها ، كان نديم الملوك ، والمشفع لديهم ، والمجلسة فقد كان الشعر ديوان العرب ، والشاعر بابه ومبدعه .

ولقد استطاع المؤلف أن يضع يدنا عل

سواء بالنسبة لمن تركوا مقاعد الدراسة ، او لأزوالا معنيين بها ، والوظيفة الديمقراطية التي تكفل حق الفرد في التعبير عن رأيه ، ثم وظائف الاعلانات - والترفيه والخدمات العامة ، كلها وظائف مقبولة في ظل الإسلام ، الذي يمسك شمولى العقيدة وتكامل البناء الاجتماعي ، ولذا فان الاعلام الإسلامي يؤتي ثمرته العظمى ، عندما يتحول المجتمع كله الى مجتمع عقيدة اسلامية ، تطبق شريعة الله في كافة مناحي الحياة ، خاصة وان عقيدة الإسلام أساسها التوحيد الخالص ، ودعاتها المساواة المطلقة ، وجوهرها الوسطية ، وأداتها الفكر الانساني الاخلاق ، ولذا فالعقيدة ، رغم أنها تمثل الجانب الغيبي في الإسلام ، إلا أن جانبها التطبيقي في صورة قوانين ومعاملات وحقوق وواجبات خاصة وعامة ، يحتاج إلى دعوة ، والدعوة تكاد تولري مفهوم الاعلام في الإسلام ومهدف الدعوة اخراج الناس من الظلمات إلى النور بإذن الله ، بفكر وتبصر ، لا جمعية وتعتيم ، ومن هنا كان الاعلام جوهر الدعوة ، سواء تعلق الأمر بمسجد وخطيب ، أو بكتاب وفكر ، أو باذاعة مسموعة أو مرئية ، وخاصة .. الخ .

ثالثاً : تأكيد منطقية الإسلام من خلال دور الاعلام في عصر النبوة :

نشأة الاعلام في الإسلام لم تكن نشأة عفوية ، وإلا كان يمكن أن تكون محدودة في الزمان ، ولم تكن تكتيكية ، وإلا لاشكن أن نعد رد فعل غير مكمل البنيان ، ولكن

وكعب بن مالك ثم الشعراء الذين أسلموا بعد ذلك ومنهم كعب بن زهير بن أبي سلمى وعبدالله بن الزهري ، وقال ان قصائد الشعراء في عصر النبوة كانت تسجل وقائع الحياة تسجيلاً أميناً ، بهدف خلق واقع حياتي أمثل ، ولخص الموقف العقائدي من الشعر في أن القرآن ليس شِعْراً وأن النبي ليس شاعراً ، وأن الحكم على الشعر بمضمونه وبهذه ، وأن الشعر جهاد باللسان ، وأن الاستخدام الاعلامي العام للشعر مسموح . ومن هنا تحمل الشعراء مسؤوليتهم في الإسلام وصيروا مضامين الثقافة الإسلامية في قصائدهم .

خامساً : تجلّيه دور الاعلام في الإسلام من خلال أبعاد الحرب النفسية في عصر النبوة :

اصطلاح الحرب النفسية اصطلاح حديث ، ولكن مضمونه كان قائماً دائماً ، حتى في عصر النبوة ، بل وقبل ذلك ، فقد كسب أمتحوتب الثاني ( ١٤٢٠ قبل الميلاد ) بعض معاركه دون قتال باستخدام أساليب الحرب النفسية ، وجنكيز خان أحياناً ، وكان العباسيون والفاطميون من صانعي تنظيمات الدعاة والدعاة والأئمة واضحة وجلية في الدول الاستعمارية وعندما تحدثت الصراعات بين الكتل والدول ، وهناك مأساة الدعاية السوداء التي تفرز عصاريتها الصهيونية العالمية وتنتج سمومها في أعماق الأمة الإسلامية ، ولقد كان المؤلف في قمة عطائه الإبداعي عندما أكد أن اللغة

فكرة بالغة الأهمية في نطاق الدراسات الانسانية ، هي فكرة وضع الضوابط ، ورسم الحدود للأفكار ، وإذا كان الشعر انمكاساً للحس المرفه ، فقد كان من العسر تصوير إمكان تقنين الدور الاعلامي للشعر بعد الرسالة ، ولكن اختار الأفكار جعل التناول سهلاً وميسوراً ، وما هو ذا المؤلف ، يضع معالم التمييز بين دور الشاعر قبل الإسلام ودوره بعد الإسلام ، ذلك أن طبيعة الإسلام ، وهو منهج حياة كامل ممد للتنفيذ على واقع الحياة ، وحركة ضخمة في الضمائر المكتونة ، لا تلائمها طبيعة الشعراء كما عرفتهم البشرية قبل الإسلام ، لأن الشاعر يخلق حسلاً في حسه ، وبغني فيه ، ويعبر عنه ، ويقنع به ، أما الإسلام فهذه الواقع ، بما يقتضيه من تغير فيه ، لصالح الانسانية ، لذا فإن الشعر بعد الإسلام ، تقنن دوره وتحدد في اطار تحقيق اطار انساني واقعي نموذجي رفيع ، ومن هنا ارتبطت الرسالة الاعلامية للشعر بغايته الواقعية في الإسلام ارتباطاً لا يقبل التجزئة . وجوه الأمر أن للإسلام تصوراً خاصاً للحياة ، والعلاقات الفاضلة فيها ، والروابط الأمنية المشتقة عنها ، فأى شعر يحقق هذا الجوهر ، كان شِعْراً مقبولاً في الإسلام ، وإن كان مقبولاً ، فانه يمكن أن يؤدي دوره القيم في مجال الاعلام .

وهنا تبدأ جولة المؤلف مع شعراء الدعوة في عصر النبي ﷺ ، فطبق نظريته على حسان بن ثابت ، وعبدالله بن رواحة ،

ولقد بين المؤلف سر هذه العظمة في كل فكرة طرحها من الأفكار المتقدمة ، وهي أفكار يصلح كل منها أن يكون رسالة مستقلة ، تؤكد أن انتصار الإسلام : قديماً ، لئلا تفتن أعظم ، هو تأكيد لامكان انتصاره حديثاً ، مهما كانت تلك الفتنة ، والا فكيف نفس انتصار الإسلام على وقائع الحرب النفسية في عصر النبوة والتي كان من أهم مظاهرها ، محاولات الاعتقال ، والتأويلات الخاطئة المضلة للمضلة لزواج الرسول ﷺ من السيدة زهبة بنت جحش ، وما به المناقون من سموم أبان غزوة الأحزاب ، ومحاولة نشر الفتنة بين المهاجرين والأنصار ، ونشر حديث الإفك ، ومسجد الضرير ، وإدعاء النبوة ، كيف نفس انتصار الإسلام ، وإعلام الإسلام ، في الرد على كل هذه المكابدة والانتصار للحق مالم تؤمن جزءاً رقيقاً أن رسالة الحق لم ولن يجانبها الحق في يوم من الأيام .

سادساً : بناء أصول نظرية عامة للإعلام في الإسلام :

· للإعلام نظرياته التي صنفها الباحثون ، كنظرية السلطة ، ونظرية الحرية ، ونظرية المسؤولية الاجتماعية ، والنظرية السوفيتية وغيرها ، وهي نظريات لفظها المؤلف لأنها لم تقدم ، فيما يرى ، التصور الحقيقي للإعلام المعاصر ، وتقدم نظريات الإعلام المعاصرة في النظرية الليبرالية ، والنظرية الشمولية ، والنظرية المختلطة ، ولقد ناقش المؤلف بعمق دعائم هذه النظريات سواء

العربية النصحية هي الوشيحة السامية ، أو الرباط الأبدى ، الذي يوحد بين لوطان العروبة ويربطها بالقرآن مع سائر لوطان الإسلام في آن واحد ، ولذا فإن الحرب النفسية ضد أية دولة إسلامية هي حرب مركزة ضد أحد الأعصاب الحساسة في جسد الأمة الإسلامية ، فالدعاية المفرضة ، ومحاولات تضليل الرأي العام ، هي من أخطر الأخطار على الإسلام .

وإذا كان ذلك كذلك فإن نجاح الإسلام كان عظيمًا في مواجهة الحرب النفسية التي شنها المناقون والكفار واليهود والشراذم ، والمضللون ومدعو النبوة ، والمكذوبون ، والمغترون ، والمشاكرون ، وطالبو المعجزات ، والمجادلون بالمقاطعة ، وملققو الفضول ، والمتصدون لمن تبعوا الإسلام ، ومطلقو الأسماء القبيحة على عاتق الرسل ، والحاسدون والمحاقدون ، ومحاوِلو فتنة الرسل ، ومستغلو الأخطاء الفردية ، ومعهموها ، ومجسدها ، والمتشفون ، ومن ملأ الغل قلوبهم ، والمفكرين في تبشير القبور ، وباتوا روح التخاذل ، ومحاوِلو التزوير ، ومحاوِلو أنصاف الحلول ، وشوهوا صورة المسلمين في العالم الخارجي ، وقادة حملات التشكيك المستمرة ، وصانعو الحصار الاقتصادي والمقاطعة الشاملة ، ومتحلوا الأعذار القبيحة ، والمشككون في القرارات .

والدولي ، والقائم بالاعلام والسلطة ، والمصالح المالية والمؤسسات ، والمختوى والمضمون ، وكان لزاماً على المؤلف أن ينفذ دعاوى الهدم فحدد موقف الاعلام الاسلامي من الترويج وأوضح موقف الإسلام من نقل الشائعة والبلبله الفكرية ، وأبان عن موقف الإسلام من السب والقذف والجلد والحوار والوصف . وهكذا كانت المحصلة نظرية عامة للإعلام في الإسلام تستطيع أن تقف في المجال الدولي وثقة متميزة ومنفردة .

صاحباً : تحديد المجال الدولي للإعلام الإسلامي :

لقد صار الاعلام في الكرة الأرضية كالجهاز العصبي ، ونتيجة لعمول عديدة زادت مساحة التداخل بين الإعلاميين المحلي والدولي ، وانعكس ذلك على مظاهر وسائل الاعلام الدولي المعاصرة ، من ارتباط بين الوسائل والعقائد وبين التقدم والتخلف وبين الفقر والغنى ، ومن أن الخير صار السلعة الرئيسية ، ومن تأكد الارتباط بين تكنولوجيا الاعلام والسوق ، بل انعكس ذلك على الاعلام المحلي ، وعلى منظمات الاعلام الدولي والظواهر التي تحكمها وهي الوظيفة الاعلامية ، وانطلاق المنظمات الدولية ، ونشأة منظمات اعلامية دولية اقليمية ، أو نوعية وإذا كان الأمر في مجال كهذا يقتضي الحديث عن المنظمات الشعبية فقد عالج المؤلف فكرة رابطة العالم الإسلامي ، وميز دورها عن دور منظمة العالم الإسلامي التي تعد منظمة حكومية ، وتطرق إلى مسجد

كانت الدعامات قانونية أم اجتماعية في صورة فكرة للملكية .. أم غير ذلك ، وانتهى إلى أن نظريات الاعلام جزء من فلسفة الاعلام ، لأن الاعلام أعمق وأعمل من نظرياته ، ومن هنا رفع اللبس الشديد الذي أشاعه استخدام نظريات الاعلام كتسيئ لفلسفة الاعلام أو مذاهب الإعلام ، رغم التباير المطلق بين هذه الاصلاحات، وفي ضوء ذلك حدد فلسفة الاعلام في الإسلام ، في اطار الدعوة إلى الخير والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، والدعوة إلى سبيل الله بالحكمة والموعظة الحسنة ، وما أوردته الخلاق العليم من جعل القرآن تذكرة لمن يحشى ، وما هو ثابت من دفع الحق للباطل ، والاستسكان بالرسمي ، وتيسير القرآن باللسان العربي المبين ، وطبيعة دور الرسول كشاهد ومبشر ونذير ، ووجوب التعارف ، وغير ذلك من المعاني السامية ، التي عدد عشرات الآيات القرآنية التي تنطوي عليها ، والأحاديث التي تؤكدها .

وفي اطار كل ما تقدم حدد مضمون وأصول النظرية العامة للإعلام في الإسلام ، وركزت فلسفة الاعلام الإسلامي ، في أن الاعلام الإسلامي اعلام عقائدي وانه حق لكل مسلم ومسلمة ، وانه فرض كفاية ، وانه اعلام عام عني ، وانه اعلام بلا اكراه ، ومن خلال هذا اطار العام حدد عناصر العمل في ظل الفلسفة الاعلامية الإسلامية والتي أجملها في الفرد والمجتمع المحلي

الساحة الدولية من أعلام استعماري وعلام  
شيوعي وعلام وتشي وحركات تشریف  
رزم - سر - شهيد سنيي للمركز  
الدولي للإعلام الإسلامي واتشي بميثاق  
شرف اسلامي للإعلام .

هذا ما أستطعت الوقوف عليه ، وأعترف  
اتني كلما عاودت القراءة استخلصت  
الجديد في هذا الكتاب الذي يعد بحق  
واحداً من أهم الأعصاب الحساسة في جسم  
الاعلام الإسلامي .

باريس ، والمركز الثقافي الإسلامي بمسجد  
لندن ، والمساجد والمراكز الإسلامية  
في مختلف أنحاء العالم ، وهدفها  
ومنظمة اداعات الدول العربية ، وهدفها  
الخاص بنشر الدعوة الإسلامية والأهتمام  
بالتراث الإسلامي والتعريف بالقضايا  
الإسلامية والدفاع عنها ، إلى غير ذلك من  
أهداف كبرى ، ثم استظهر المؤلف أهم  
مشكلات منظمات الاعلام الإسلامي ،  
وبحث الامكانيات الاعلامية في الحج ،  
واستعرض ما يواجه الاعلام الإسلامي على



## مـــــهـــــر

|     |                                       |
|-----|---------------------------------------|
| ص   |                                       |
| ٣   | ١ - تعريف المسئولية المدنية           |
| ٦٥  | ٢ - المقاصد والنسب                    |
| ١٠١ | ٣ - طبيعة وحالات الالتزام الخلقى      |
| ١٤٥ | ٤ - نظرية الالتزام عند الخطأ          |
| ١٧٩ | ٥ - قواعد العرافات أمام ديوان المظالم |
| ٢٣٥ | ٦ - عرض كتاب المسئولية الاعلى         |

XXXXXXXXXXXX

تسبح بحمد الله

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX  
 رقم الايداع اعداد الكتب ٢٧٢١ / ١٩٩٣  
 XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX



3  
6  
Bibliotheca Alexandrina



0575849